



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES

TESIS DOCTORAL

LAS FUENTES DEL DERECHO
VIGENTE

PRESENTADA POR

RENE URIAS

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA

DICIEMBRE DE 1964.



340-77
0761
1964
F. J. y. CC. SS
ej. 2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR: Dr. FABIO CASTILLO FIGUEROA

SECRETARIO GENERAL: Dr. MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO: Dr. ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO: Dr. MANUEL ATILIO HASBUN

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Armando Napoleón Albanez
Primer vocal: Dr. Juan Gregorio Guardado
Segundo vocal: Dr. Abelardo Torres

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS PROCESALES Y
LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. José María Méndez
Primer vocal: Dr. Roberto Lara Velado
Segundo vocal: Dr. Roberto Emilio Cuéllar Milla

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Rafael Ignacio Funes
Primer vocal: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda
Segundo vocal: Dr. Enrique Borgo Bustamante

DEDICATORIA

Si una tesis significa la coronación de un esfuerzo.

Si el esfuerzo es alentado constantemente por un ideal.

Dedico esta tesis, a mi madre, AMALIA URIAS, que con sus esfuerzos y sus ideales la hizo posible.-

"LAS FUENTES DEL DERECHO VIGENTE"

PREAMBULO.-

El presente trabajo de tesis doctoral es el desarrollo de un tema que estudiara con bastante interés, cuando curzaba la materia de Filosofía del Derecho que impartía entonces el Dr. Julio - Fausto Fernández, de quien recibí algunas indicaciones. Las notas que me quedaron las presento ahora en forma ampliada, después de haber estudiado el punto con más detenimiento y consultar un mayor número de autores. No significa lo anterior, ni mucho menos, que considere haber hecho un trabajo exhaustivo, lo que quiero decir nada más es que el problema de las Fuentes del Derecho me ha llamado la atención desde hace algún tiempo.-

Por otra parte en el programa de las distintas materias que se estudian en nuestra Facultad, es raro el que no contempla un punto acerca de las fuentes de la materia a que se refiere. En consideración pues, al interés dicho y a la frecuencia de su estudio, me decidí por escribir estas líneas pensando que es muy probable que sirvan en algo a los estudiantes de Introducción al Estudio del Derecho, materia que sienta las bases para estudios más a fondo de las distintas ramas del Derecho.-

Luego entonces, las nociones que se verán a continuación tratan sobre todo de dar el esquema o visión general de las fuentes del Derecho, y por tanto quien desee ahondar el tema en cada materia, deberá necesariamente estudiar lo que cada tratadista especializado en sus respectivas obras ha dicho.-

No dudo que el estudiante de Primer Año saque provecho de la lectura de este trabajo porque presenta opiniones de tratadistas de reconocidos méritos, tal como aparece al final, en las referencias bibliográficas. Mi aporte personal quizá ni valga la pena mencionarlo, acaso sea únicamente el ordenamiento en los puntos y una que otra opinión más o menos criticable más o menos defendible.-

ACLARACION DE CONCEPTOS:

Para proceder en una forma ordenada al desarrollo del presente trabajo es necesario tener, aunque sea a grandes rasgos, un concepto de lo que significa las palabras fuerte y derecho.-

Se dice que fuerte de una cosa es el lugar de donde aquella cosa emana, lo que la origina, los elementos que intervienen en su formación, así decimos que la fuente de un río está al pié de la montaña en que nace, la fuente de un fenómeno atmosférico por ejemplo un rayo es la unión de un potencial negativo y un positivo; la fuente de un acontecimiento histórico puede ser las tendencias de la época determinadas por diferentes factores, económicos, religiosos, culturales, científicos, etc, etc.- Estudiar entonces la fuente o fuentes de una cosa equivale a remontarse a sus orígenes, a sus procesos formativos, a sus elementos constitutivos.-

Sobre la palabra derecho se han dado numerosas definiciones o conceptos, a las que han correspondido otro tanto número de críticas, entrar pues a querer definir el derecho equivale a penetrar en un laberinto con pocas probalidades de éxito; ello no obstante, entendemos por derecho, para los fines que nos proponemos en este breve estudio, el conjunto de normas que regulan la conducta humana y cuyo cumplimiento es coercible por parte del estado, a efecto de hacer posible la vida entre los hombres y que tienen por finalidad la justicia, la seguridad y el bien común.-

En otras palabras nos estamos refiriendo al derecho vigente, al conjunto de normas que en un momento y en un país determinado el Estado considera obligatorias, ya sea porque, como dice García Maynez, en lo que toca al Derecho legislado, se han llenado los requisitos que se exigen para que nazca una ley, ya porque cuando se trate de la costumbre, y demás fuentes formales, que ya veremos, decimos nosotros, además de los requisitos que les son propios, deben ser reconocidos por el Estado o autoridad política. El derecho vigente

no debe confundirse con el positivo porque a decir de García Maynez: "la positividad es un simple hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto jurídico, vigente o no vigente" y para el caso nos da un ejemplo: una costumbre no reconocida por el Estado".-

Con el anterior concepto perseguimos a la vez dos cuestiones: la primera, circunscribir nuestro estudio a las normas que regulan la vida de los hombres con el distintivo de la coercibilidad, o sea la posibilidad del empleo de la fuerza legítima para hacerlas cumplir, ya que tenemos entendido que la diferencia esencial entre el derecho por una parte, y las otras normas que regulan la conducta de los hombres como son la moral, las normas religiosas y los convencionalismos sociales por la otra, estriba en que solamente el derecho es coercible; de aquí pues que dentro del amplio campo de normas de conducta dejamos a un lado todas aquellas cuyo cumplimiento no sea coercible; no está demás insistir en que coercibilidad implica posibilidad de cumplimiento forzoso, y éste se conoce específicamente como coacción o sanción; ahora que como dice Vinogradoff "la fuerza puede emplearse de modos diversos: a veces en forma de ejecución, los Ministros de la ley realizan contra la voluntad del individuo el acto que éste se niega a realizar de grado; por ejemplo, si un individuo se niega a pagar una deuda, un funcionario judicial se incautará de su dinero o de sus muebles para satisfacer al acreedor.- A veces, en lugar de una recuperación o ejecución directa, la persona lesionada tiene derecho a reclamar daños y perjuicios, como en el caso de incumplimiento de una promesa. En otras ocasiones la sanción opera por medio del castigo; una persona que ha sustraído una cartera o allanado una casa o robado objetos de valor será enviada a la cárcel, hayan sido o no recuperados los objetos sustraídos o robados.- Por último, la sanción puede consistir en el hecho de que no podrá conseguirse un resultado deseado a menos que se observen determinadas reglas.- Si una persona desea ha

cer testamento, pero no toma en cuenta la ley que exige ciertas formalidades, su voluntad encuancto a la disposición de su propiedad - después de su muerte no tendrá efectos jurídicos.- Puede decirse en consecuencia, que esta norma jurídica está apoyada por la sanción de la nulidad. (1) La segunda cuestión que nos proponemos es diferenciar el sentido de la palabra derecho, de otras múltiples - de frecuente o poco uso, así por ejemplo como sinónimo de pretensión legítima: tener derecho a ser oído y vencido en juicio; como criterio doctrinario acerca del contenido de la justicia, por ejemplo la filosofía del derecho; o por último como haciendo referencia al valor que se paga por un servicio público; por ejemplo los derechos de inscripción ascienden a tantos. (2).-

Quede en claro pues que usamos la palabra derecho como conjunto de normas de regulación de la conducta de los hombres, por cuyo cumplimiento velan los organismos del Estado, interviniendo directamente si es necesario. (3)

Relacionando entonces los conceptos que sobre fuente y derecho tenemos, nuestro estudio se reduce a penetrar hasta donde nos sea posible, en los procesos determinativos, en los elementos que intervienen en la formación, en los orígenes y pasos subsiguientes de aquellas normas de conducta humana de carácter coercible a que - aludimos en el párrafo anterior.-

FUENTES HISTORICAS

Desde que Bonnecase estudió el problema de las fuentes del derecho, se reconoce que éstas se dividen en fuentes materiales y fuentes formales; (4) se dice que toda norma jurídica está compuesta de dos elementos, uno de carácter material y otro de carácter formal, el elemento material es el motivo generador del imperativo mismo que la norma contiene, llámese mandato, permisión o prohibición; los elementos que le dan origen, los procesos que determinan su aparición, en tanto que el elemento formal es la forma o causa que adopta la norma o imperativo para imponerse al grupo social determi-

nado, o sea los procesos que hacen posible la aparición de las normas de conducta expresadas. Ello no obstante el célebre tratadista mexicano Eduardo García Maynez, sostiene que existe una tercera clase de fuentes a las que llama históricas, al respecto dice: "el término fuentes históricas, por último, aplícase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.), que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.- En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son fuentes del derecho romano.- (5)

Pero según lo hemos manifestado, de acuerdo a nuestro particular concepto de las fuentes del derecho, creemos que no encaja en él la clasificación de fuentes históricas, porque es indudable que al darle cabida a éstas, tendríamos que admitir que ya no se trata del derecho vigente, único con el distintivo de la coercibilidad; - el Digesto como las Novelas y éstas como las Partidas no dejan de tener su importancia desde otros puntos de vista, porque son los basamentos más remotos de nuestras actuales regulaciones; pero aquellos cuerpos de leyes a la fecha, en lo que de actualidad conservan viven en las fuentes de hoy, en forma de leyes o costumbres positivas que son en todo caso las fuentes del derecho en sentido formal.-

Resulta entonces que a mi manera de pensar no es que se haga caso omiso de los grandes monumentos jurídicos del pasado, sino - que éstos se encuentran integrados en las actuales fuentes, y no es necesario especificarlos como fuentes de manera autónoma.- Tomemos - por ejemplo las leyes contenidas en las Partidas, al pasar algunas - de sus regulaciones a otros sistemas jurídicos, fué en virtud de que se les revistió del carácter de leyes en los lugares en que se las - adoptó; las leyes como ya hemos dicho y tendremos oportunidad de ver - lo con más detalle, son en sí fuentes del derecho en sentido formal, y serían en todo caso éstas y no aquéllas las fuentes del derecho en la actualidad.- En consecuencia, los ejemplos mencionados vendrían -

en último caso a caer dentro de una de las divisiones de las fuentes formales.-

Aclaremos entonces que a pesar de no estar de acuerdo con la clasificación de los documentos jurídicos de mayor relevancia en la antigüedad, como fuentes del derecho, los hemos mencionado al - principiar nuestro estudio en consideración a la calidad científica del doctor Eduardo García Maynez, en quien miramos uno de los mejores actores que existen sobre este tema, y al hecho innegable de que el derecho a través de los tiempos cambia, pero no totalmente, algo queda en el fondo, algo se transmite a las generaciones venideras quienes lo toman para sí, no por simple respeto sino porque aquél derecho que ha llegado hasta ellas les sirve efectivamente para conseguir sus propias finalidades, muchas de las cuales noobstante su diversidad de matices no cambian fundamentalmente.-

FUENTES MATERIALES

Ya hemos esbozado en el anterior título en que consisten - las fuentes materiales del derecho y ahora tratemos de explicar más detenidamente la idea; imaginemos por un momento un hombre aislado de sus semejantes, para el caso un solo hombre en un planeta, algo realmente hipotético, bien ¿qué pasa con este hombre en lo que al - derecho respecta? sencillamente que para él el derecho sería un concepto tan imaginario como lo es para nosotros ese hombre, algo absolutamente incomprensible y sin sentido. ¿Por qué? porque como hemos dicho el derecho existe en cuanto los hombres tienen relaciones entre sí, quitemos esas relaciones y desaparecerá el derecho.- Si de aquél hombre solitario en el ejemplo imposible, pasamos a una pareja, ¿qué sucede? bueno que ya para ambos van a existir reglas de - conducta imperiosa necesidad, si quieren por lo menos subsistir.- Ejemplo, protegerse de los peligros comunes, no atacarse entre sí, etc; pero avancemos en nuestro ejemplo, ya no sería una pareja se trata de un grupo nómada con jefes ocasionales, sus necesidades de gru

po ya no son tan rudimentarias como las necesidades de aquella pareja, el grupo aquél necesita en mayor escala pieles, armas, lugares de descanso; necesita quienes cuiden, vigilen, preparen alimentos, etc.; se comprende entonces que en los grupos más primitivos ya existieron cánones o prescripciones, aún cuando fueran las absolutamente indispensables para mantener la unión en el grupo, porque uno o varios dijeron aquél cuidará, éste cazará, el de más allá hará tal tarea; es decir las ocupaciones poco a poco van distinguiéndose y cada cual va reconociendo la función que le corresponde en el grupo; todo ésto se va produciendo espontáneamente y casi sin pensarlo. Como dice Rojina Villegas, se trata de investigar si el derecho es un producto del hombre en sociedad y cuando y porque ha surgido el derecho.-

Veamos entonces si podemos dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿cómo es que ha surgido el derecho? ¿cuáles son los elementos que determinan la aparición del mismo, si nace y se mantiene igual, o si se va perfeccionando?. El estudio de las fuentes materiales nos ayudará a comprender, para emplear un símil, la materia prima que forma el derecho, de donde proviene o sea cuál es el origen intrínseco del derecho y que sucede con éste al transcurrir el tiempo.-

Al respecto se han dado muchas opiniones, el Profesor Argentino Arturo Orgaz dice que podemos encontrar las siguientes: (6) primera.- La Escuela Teológica, que sustenta la tesis de que los hombres recibieron el derecho de Dios, por vía de revelación o de inspiración.- Las Leyes para el pueblo de Israel dadas por Dios a Moisés mediante la revelación es un ejemplo bíblico, para esta Escuela la esencia y origen del derecho es la voluntad divina.-

La concepción divina del derecho tuvo mucha relevancia cuando las normas jurídicas no se diferenciaban de las religiosas, actualmente se menciona apenas como un dato histórico.-

Segunda: La Escuela Autocrática, sustituye la voluntad divina como creadora del derecho por la voluntad del que manda, llámese Rey, Emperador, Tirano o Príncipe, en una palabra el autócrata y de allí el nombre de la Escuela.-

Los que ésto sostienen, ante la costumbre como derecho, admiten ciertamente su existencia y validez pero siempre y cuando sea reconocida o más que reconocida, tolerada, por el autócrata; por tanto aseguran que la fuente u origen del derecho es la mera voluntad del poderoso, único capaz de imprimir el sello de legitimidad indiscutida a sus mandatos.- Concluyen que el único fundamento del derecho es la fuerza; que a mayor fuerza mejor derecho.-

Esta que a primera vista nos parece una doctrina despreciable, y que efectivamente lo es, ha tenido el apoyo decidido de filósofos, para no citar a los antiguos, de la talla de Hegel y Nietzsche; se conoce también con el nombre de estatolatría, y a ella se acogen sin reservas los defensores de toda clase de totalitarismos, ya en nombre de la raza, el partido o la clase social que representan o creen representar.-

Pero, ¿será cierto que es la fuerza la base esencial del derecho? es indudable que no podemos concebir el derecho sin asociarlo de alguna manera a la fuerza, ya hemos dicho que su nota esencial es la coercibilidad y que ésta representa la posibilidad de un cumplimiento forzoso.-

La fuerza puesta al servicio del derecho se conoce específicamente como coacción, vimos ya en que consiste y sólo nos resta agregar que debe ser restringida, más que restringida sistematizada, que perciba un fin justo, equitativo, plena de garantías. Así pues no es la mera fuerza la que nos indica la presencia del derecho, un ejemplo nos lo pone de manifiesto: si A se compromete con B, a otorgarle una escritura de venta llenando los requisitos legales, al vender el término B, puede acudir a los tribunales y obtener mediante -

los trámites previamente establecidos la escritura prometida. El cumplimiento forzoso se ha manifestado puesto que para el caso el deudor no quería en lo absoluto otorgar la escritura. En el mismo ejemplo una forma de mera fuerza sería que el acreedor B, ante la renuencia del deudor A, le pusiera una pistola en el pecho y en esa forma obtuviera su escritura; en los dos casos es evidente que ha operado la fuerza, en ambos se ha conseguido la escritura, pero a nadie escapa que en el primero se hizo valer la fuerza mediante el derecho y en el segundo la simple fuerza arbitraria desprovista de todo ropaje jurídico.-

Tercera: La Escuela Contractualista, del derecho natural o del Pacto Social. Sostiene el nacimiento del derecho y su consiguiente origen material en el pacto social, ideado, perfeccionado y suscrito por todos los componentes capaces de la sociedad.-

Tuvo sus ardientes defensores entre los ideólogos de la Revolución Francesa y sus seguidores; en la actualidad se considera también como doctrina superada y es muy difícil encontrar quien le preste su adhesión.-

Ciertamente nadie ha podido demostrar la existencia de ese acuerdo, incapaz por otra parte de explicar las nuevas instituciones jurídicas que a diario van surgiendo, aún cuando se llegare a encontrar un documento con semejante acuerdo, a lo sumo serviría para demostrar como se originó el derecho, pero jamás como se origina en nuestros días.-

Cuarta: La Escuela Histórica del Derecho. Se tiene como oponente totalmente a las tres anteriores a las cuales se ha llamado voluntaristas o arbitrarias, pues como se ha visto consideran al derecho como surgiendo de una voluntad, llámese divina, autocrática o popular, de allí que se les impugne como anticientíficas porque no se sitúan en un plazo de realidad.-

La Escuela Histórica por el contrario, se basa en el trans

curso del tiempo y el desenvolvimiento del género humano, al respecto manifiestan que el derecho es la resultante de las fuerzas históricas que avanzan en forma callada pero efectiva; que además del tiempo el lugar es determinante por cuanto cada pueblo tiene su especial idiosincracia, del cual emerge el derecho, al igual que el fruto brota del árbol que lo produce; luego entonces nadie en particular es autor del derecho, son todos los hombres los autores; al respecto Kantorovicz manifiesta que el derecho como la cultura humana emana de fuerzas inconcientes, anónimas, graduales e irracionales de la vida personal de cada nación.-

El mérito de esta Escuela es que hecha mano de un método más de acuerdo a la realidad, se coloca el problema en el plano del tiempo y del espacio.-

Su defecto es que pretendiendo encontrar la fuente nítida del derecho en el espíritu del pueblo, usa por consiguiente un ente metafísico y resulta algo verdaderamente incomprensible que del método histórico, de observación y experiencia, venga a crearse una fórmula metafísica. Para el caso, dicen sus críticos, tan metafísico es el concepto del espíritu del pueblo, como el de la naturaleza humana defendido por la escuela del pacto social. Además, agregan - ¿qué pasó en la prehistoria, hubo o no hubo derecho? y si la respuesta es afirmativa ¿cómo se pudo generar? a todas estas preguntas no dá respuesta la escuela que estudiamos.-

Quinta: La Escuela Sociológica o Psico-Sociológica. Basa sus conclusiones acerca del origen del derecho después de estudiar datos etnológicos, históricos, psicológicos, etc.-

En la más remota antigüedad no es posible, dicen, la existencia de instituciones perfectamente delineadas, no había jueces, leyes, gobiernos con atribuciones específicas; y sin embargo cualquier grupo por primitivo que se considere debió de acatar las reglas mínimas que les permitía su exígua disposición a unirse. Por supuesto

que así como esos pueblos eran de primitivos, así era de embrionario el derecho contenido en sus normas de conducta, éstas tenían algo de jurídico y mucho de religioso, moral, etc.-

El hombre prehistórico tenía imperiosa necesidad de acción; pero sus actos no debían chocar con las acciones de los otros y viceversa, es decir había una necesidad más imperiosa aún de que las acciones de algunos no dañaran o imposibilitaran el funcionamiento de la comunidad, su paz y su permanencia; para los componentes del grupo las normas se obedecían, no porque tuvieran plena conciencia de lo lícito o ilícito, sino porque si de resultados de la acción producían un perjuicio se colocaban en la situación de tener que afrontar una reacción más perjudicial en su contra; poco a poco se fueron formando costumbres en el obrar que no les producía daño alguno y esta reiteración fué transformándose en normas de conducta reconocidas o toleradas por el grupo, pues veían en ellas la autoridad de los antepasados.-

Si de la prehistoria que se imagina fué como queda dicho, se avanza un grado más, nos encontramos con el primitivo salvaje del cual ya hay referencias más o menos ciertas; y encontramos en todos los pueblos, incluso los más retrasados, que la conducta de sus componentes está perfectamente reglamentada y las sanciones son de verdad graves.- De aquí en adelante ya no se trata de ver como nació el derecho, pues es cierto que existe, ahora se trata de estudiar como se ha venido perfeccionando y cuales han sido sus cauces.-

Se reconocen tres formas de transformación del derecho, - tomando en cuenta que es un dato aportado por la realidad histórica el hecho de que nohay sistema, norma o regulación que sea perpetua, por más que durante mucho tiempo algunos creyeron que determinadas reglas se dictaban para la eternidad; conviene recapacitar aquí que son las condiciones cambiantes de la sociedad las que en definitiva hacen que el derecho vaya quedando retrasado, que por mucho que se

piense en normas de avanzada, éstas con el tiempo llegarán a perder actualidad, y así es como se explica que no obstante la vigencia - de ellas en un momento dado, en la práctica ya no son operantes, - es decir no tienen aplicación real.-

El hecho de que la realidad social varíe constantemente produce también el efecto de que el derecho jamás la pueda abarcar en su totalidad.-

Decía que tres son las formas reconocidas de transformación del derecho, ellas son: la evolución, la revolución y la evolución revolucionaria.-

Por evolución se entiende un proceso lento y paulatino que avanza por determinados cauces, periódica y regularmente, diríase en forma insensible y esperada; hay transformación, es indudable, pero ésta es meditada y sopesada, es la forma de transformación del derecho en la sociedad más civilizada, la regulación se produce a la par de la necesidad que la determina, o inmediatamente después, de allí que no haya necesidad de virajes o cambios bruscos.-

Hay revolución cuando en el ordenamiento del derecho se - quiebra el ritmo evolutivo normal, produciéndose una solución de - continuidad y creándose un orden total o parcialmente nuevo; a dife - rencia de la evolución, el cambio es brusco y profundo, sin etapas que atenúen o frenen sus efectos, se pasa de un estado de cosas a otro totalmente diverso.- Ejemplo, un pueblo sometido a vasallaje, mediante la lucha, conquista su independencia y pasa de colonia a es - tado soberano; revoluciones pues son aquellos grandes aconte-cimien - tos que han marcado etapas en la historia de los pueblos, ya sea para su bien o para su mal, /cuando haya quienes a un cambio vio - lento, inesperado, pero retrógado, le llamen involución; no se tra - ta de simples movimientos de alteración del orden por los cuales - unos suben y otros bajan, alteraciones que para el grueso de la po - blación no tienen ningún significado.-

La evolución revolucionaria resulta cuando las transformaciones del derecho se alcanzan por métodos convencionales, evolucionistas, pero estos cambios son profundos de alcances casi revolucionarios o francamente revolucionarios. Ejemplos: abundan en la historia, estados monárquicos por medio de plebisitos han pasado a ser republicanos; colonias otrora dependientes y sujetas a una metrópoli obtienen independencia absoluta por decisión de sus parlamentos, que funcionan por cánones reconocidos y aprobados por el país dominante.-

De lo expuesto podemos concluir lo siguiente: que las fuentes materiales del derecho no son otras que las necesidades mismas de los pueblos, son estas necesidades las determinantes de un orden jurídico dado y ellas son las que hacen que ese orden jurídico nazca de una evolución, revolución o evolución revolucionaria; considero además que las necesidades varían conforme al tiempo y al lugar; según el tiempo los pueblos se vuelven más cultos, sus sistemas de vida más complicados y por ello sus regulaciones más minuciosas y meditadas, o sea ya el derecho es más complejo y acabado; prueba de ello es que el pueblo de la más fina sensibilidad jurídica en la antigüedad, el Romano, no se percató por ejemplo que el campo del derecho debía tener límites en la regulación de la conducta, y así vemos como un funcionario, el Censor, ejercía vigilancia en el ciudadano aún en sus aspectos más íntimos, censurando su conducta con la llamada nota censoria.- Correspondió a Benito Spinoza la gloria de justificar la libertad de conciencia, y esto cocurrió cuando los pueblos civilizados comprendieron y llegaron al convencimiento de que hay una esfera subjetiva del individuo a la que debe permanecer extraño el derecho; las necesidades de regulación entre los pueblos conforme avanza el tiempo, se presentan bajo la forma de problemas morales, sociales, religiosos, científicos, económicos, etc, y cada uno de ellos para ser tratado en forma adecuada debe conocerse a fondo

do. En otras palabras no se puede, por ejemplo, legislar con acerto criterio acerca de un problema que representa el libre comercio - entre los pueblos centroamericanos, de carácter eminentemente económico de las necesidades económicas de cada uno de los países interesados, sino se han hecho estudios concienzudos/; no se pueden emitir con posibilidades de cierto, leyes protectoras o restrictivas de un culto, si para nada se toma en cuenta el sentir religioso del conglomerado. Sería descabellado por ejemplo, que en un pueblo creyente - de la divinidad de ciertos animales, se pasara una ley ordenando su exterminio; a eso agreguemos que los problemas mencionados no se presentan en forma singular sino mezclados y es necesario desentrañar - las necesidades reales y sus diferentes aspectos para dictar leyes operantes y justas.-

Según el lugar, o sea el punto del globo, o el espacio de aplicación del derecho, los individuos tienen diversos modos de comportarse y aún cuando sus culturas sean más o menos iguales cambian las tonalidades de sus regulaciones, y en suma hay lugar a un derecho distinto.- Digamos por ejemplo, que una necesidad imperativa de toda sociedad es proteger la vida y la salud de sus componentes, si no fuera así su propia existencia correría peligro, esta necesidad indiscutible ha hecho que nazcan regulaciones penales sancionadoras de aquellos actos que violen los referidos bienes jurídicos; pero - las sanciones no son las mismas en todas partes, varían de acuerdo a los sentimientos, al carácter, al modo de ser, al grado de cultura de las sociedades.-

FUENTES FORMALES

En las fuentes materiales vimos las causas que dan nacimiento y desarrollo al derecho, en las fuentes formales se estudia el modo o forma que adopta el derecho para tomar realidad objetiva, las fuentes formales son por tanto, como dice Bonnacase las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho.-

Para Bonnecase las fuentes formales del derecho únicamente son la ley y la costumbre; Francisco Geny agrega a las anteriores - la Jurisprudencia y la Doctrina; actualmente se reconoce por la - mayoría de los tratadistas que las fuentes formales del derecho son: 1- la ley (algunos prefieren llamarle la Legislación); 2- La Costumbre; 3- la Jurisprudencia y 4- La Doctrina.-

Aceptando la anterior división, estudiaremos cada una de - las fuentes expresadas en el orden en que han sido mencionadas, no sin antes advertir que nos detendremos más en el estudio de la Ley que en las otras fuentes formales, por dos motivos, el primero por- que es la única fuente reconocida por todos los tratadistas, las de más son discutidas; el segundo, porque en nuestro sistema es induda- blemente la más importante.-

LA LEY

*Frases de formación
de una
Ley.*

Etimología.- La palabra Ley deriva de la latina Lex, ésta - tiene su raíz en la sánscrita "Lagh" y de la griega "legeim" que - significa establecer.- En latín Lex significa primordialmente "lige- re" ligar, atar. (7)

Acepciones de la Ley.- Con la palabra Ley podemos significar muchas cosas: a) si se emplea para referencia al mundo físico dire- mos con Montesquieu que es la relación que deriva de la naturaleza de las cosas; este concepto no tiene nada que ver con nuestro tema porque su campo de acción es el mundo del ser y es cosa sabida que el estudio del derecho no pertenece a ese mundo; b) Ley, como regla técnica de un arte, indica el medio idóneo de conseguir un resulta- do pero que no obliga a ello.- Ejemplo, si quieres hablar y escri- bir correctamente el idioma, tienes que hacer uso de las leyes de - la gramática.- Tampoco es el concepto que nos interesa; c) ley, por último, también puede aplicarse a las reglas imperativas que regu- lan los actos humanos, a diferencia de los anteriores conceptos su campo de estudio es el mundo del debe ser; en este mundo en sentido

amplio la ley es sinónimo de norma, las leyes o normas en sentido lato se dividen en: religiosas, morales, de los convencionalismos sociales y jurídicas; las normas jurídicas han llegado a tomar para sí el nombre del género próximo, la ley, siendo que realmente son la diferencia específica; pero como la tendencia general es llamarles ley, así las mencionaremos para referirnos a la primera y principal fuente forman del derecho. (8)

Existe además la discusión de si es verdaderamente la ley la que debe tomarse como fuente del derecho, sus impugnadores opinan que decir que la ley es la que debe tomarse como fuente, es tanto como confundir el fruto con el árbol, porque realmente la ley es un producto de una serie de procesos cuya suma se conoce con el nombre de legislación. (9).- Pero los defensores sostienen que la ley es uno de tantos elementos que a su vez forman el derecho, por tanto es la ley y no la legislación la fuente del derecho; la legislación en sí no siempre genera la ley, así por ejemplo puede muy bien suceder, y frecuentemente sucede, que un proyecto de ley no llega a convertirse en tal por no haber recorrido todas las etapas necesarias, una que falte y no existe como ley a pesar de que ya la legislación se ha manifestado en gran parte.- Con base en tales razones a nosotros nos parece más acertado decir que es la ley la fuente del derecho, sin perjuicio de que para tener conocimiento de su formación estudiemos los procesos que le dan vida o la hacen posible.-

La ley puede estudiarse desde dos puntos de vista, material o amplio y formal o estricto, (10) es ley en sentido material la norma general y abstracta, destinada a regular en forma obligatoria y permanente los casos en ella presupuestos; así serán leyes la Constitución, las normas legislativas no individuales, llamadas comúnmente leyes secundarias, los decretos, reglamentos, etc.; en cambio en sentido formal o desde el punto de vista de su origen única-

mente será ley la disposición que emana del Poder Legislativo, ya sea de carácter general o individual, y en este sentido queda comprendido dentro del término ley, el acto legislativo que dispone que se rinda homenaje a una personalidad, o el permiso que la Asamblea concede a un ciudadano para recibir una condecoración.-

No estudiaremos tampoco estos actos, por mucho que emanen del Poder Legislativo porque no se ajustan al concepto que hemos dado de derecho.-

El Art. 1o. del Código Civil dice: "La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".-

Si nos fijamos bien en la definición encontraremos que abarca los dos aspectos que acabamos de dar de la Ley, el material y el formal; el material en cuanto la declaración de la voluntad soberana implica una norma de conducta que manda, prohíbe o permite, indiscriminadamente o sea sin referirse a determinado individuo; el formal, porque la ley debe manifestarse en la forma que prescribe la Constitución, y ésta prescribe que debe emanar del Poder Legislativo.-

Concluimos entonces que desde un punto de vista estrictamente legal la regla de conducta para que sea ley ha de comprender las dos fases que dejamos apuntadas.-

El doctor Carlos Roberto Sánchez nos enseña que de la definición del Código se desprende que hay en la ley dos clases de requisitos: a) externos, b) internos.- (11) Los externos son: 1- que se trate de una declaración de la voluntad soberana; 2- que la voluntad se manifieste en la forma prescrita por la Constitución.- Los internos son: el contenido de la norma, que puede ser imperativo, prohibitivo o permisivo.-

1-) Se dice que la ley es una declaración de la voluntad soberana porque según la Constitución en su Art. 1o. El Salvador es un Estado soberano y la soberanía reside en el pueblo; ahora bien

cuando se habla del pueblo soberano se está aludiendo a que él tiene el poder estatal, y aún más a que tiene el poder superior; se dice que la soberanía puede ser inmanente y transeunte, es inmanente cuando el Estado se organiza políticamente por medio de una Constitución y se rige por sus propias leyes, y es transeunte cuando a un Estado se le tiene por independiente por los demás Estados, o sea cuando tiene derecho de autonomía entre el concierto de Estado. (12)

Siendo la ley una declaración de la voluntad soberana y siendo el soberano el pueblo, ¿por qué es que nunca interviene éste directamente en la elaboración de las leyes?.. Porque según la misma Constitución en el Art. 3 el Gobierno es republicano, democrático y representativo; esto último implica que el pueblo es representado por la Asamblea quien elabora las leyes a nombre de su delegante.-

No hay ningún inconveniente en aceptarlo así porque la misma Constitución, además del Artículo citado, en el Art. 6 manifiesta que todo poder público emana del pueblo y que los funcionarios del Estado son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les dá la Ley.-

2-) Que la voluntad se manifiesta en la forma prescrita por la Constitución nos lleva a estudiar los artículos de la Carta Magna, y del reglamento interior de la Asamblea, que detallan el proceso de gestación de la Ley.-

La Constitución de 1962 da a nuestro Poder Legislativo en el Art. 47 atribución 12a. su atribución básica, o sea decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes secundarias; y en el Art. 50 y siguientes se pueden estudiar las etapas que sigue un proyecto para convertirse en Ley.-

→ Se reconocen las siguientes faces: iniciativa, lectura, dictamen de la comisión, discusión, votación, aprobación, sanción o promulgación y publicación.-

La iniciativa es la facultad de presentar proyectos de ley

a la Asamblea, para que mediante los trámites establecidos lleguen a convertirse en leyes; el proyecto de ley consiste en una expresión concreta, sistemática y orgánica de lo que el presentante quiere que llegue a convertirse en ley; de nada le valdría a un Diputado que quisiera una ley combatiendo digamos la mendicidad si solamente presentara un escrito o de palabra pidiera su elaboración; a este respecto la Constitución en el Art. 50 dice: "tienen exclusivamente - iniciativa de ley los Diputados, el Presidente de la República por medio de sus Ministros y la Corte Suprema de Justicia", o sea que pueden presentar proyectos de ley los mismos componentes de la Asamblea en forma individual, es decir cada uno de los Diputados de por sí; el Presidente de la República, pero por medio del Ministro respectivo, así por ejemplo un proyecto de ley propio del Ramo de Defensa se presentará por medio del Ministro de Defensa; y la Corte Suprema de Justicia puede hacer lo mismo pero como cuerpo colegiado, o sea en conjunto, jamás prosperaría por ejemplo un proyecto de ley presentado únicamente por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; la presentación del proyecto a la Asamblea supone algo más que el acto material de entregar un proyecto, supone que éste emana efectivamente, es respaldado en su totalidad por quien tiene la iniciativa de ley.-

La lectura del proyecto se hace por medio de uno de los Secretarios de la Asamblea con el objeto de darlo a conocer a los señores Diputados.-

Después de la lectura se pasa el proyecto a la comisión o comisiones respectivas y con el dictamen de éstas, que puede ser favorable o desfavorable, se somete a discusión de la Asamblea; casos hay en que no basta con el dictamen de la comisión para que luego se discuta el proyecto, esos casos están contemplados en el Art. 61 de la Constitución, y es cuando el proyecto de ley no procede de iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, y tiene por objeto interpre

tar, reformar o derogar cualquiera de las disposiciones contenidas en los Códigos de la República, entonces es necesario oír previamente la opinión de aquel Tribunal, quien deberá emitirla dentro del mismo o del siguiente período de sesiones, según la importancia, urgencia o extensión del proyecto.-

Según el Reglamento Interno de la Asamblea, decretado de conformidad al Art. 47 atribución 4a. de la Constitución, existen actualmente diez comisiones. Ellas son: de Legislación y Puntos Constitucionales, de Relaciones Exteriores y Justicia, de Cultura y Asistencia Social, de Trabajo y Previsión Social, de Interior y Obras Públicas, de Economía y Agricultura, de Hacienda, de Defensa y Seguridad Pública, de Gracia y Excusas, y de Bienestar Público.-

Es indudable que por lo menos una de ellas toma participación en el dictamen a que me he referido, la primera de las enunciadas, sin perjuicio de que intervenga otra u otras si la ley a decretarse, interpretarse, reformarse o derogarse hace relación a sus respectivas atribuciones; así, el Art. 35 del Reglamento ordena que después de la lectura se pase el proyecto a la comisión o comisiones para que dictaminen.-

Como puede suceder que en algunas ocasiones haya mucha prisa por aprobar un proyecto, el Art. 36 del mismo Reglamento, dispone que en casos urgentes puede omitirse el dictamen de la comisión y discutirse en la misma sesión en que se le dá lectura.-

Los motivos determinantes de la urgencia pueden ser muchos, entre ellos de carácter político, económico, deportivo, etc, etc.- No hay inconveniente legal para que se pueda dispensar el dictamen, porque este requisito no es ordenado por la Constitución, sino por el Reglamento en el Artículo que hemos indicado, por tanto no se trata de un requisito esencial para la formación de la Ley.-

En cuanto a la discusión del proyecto de ley, el Art. 40 del Reglamento dice que será de un modo general y luego por artículo, salvo si la Asamblea quiere hacerlo por capítulos; luego que -

un proyecto se considera suficientemente discutido se procede a la votación, en la votación los Diputados manifiestan en forma individual si están o no de acuerdo con el proyecto, hecho el recuento respectivo se tiene o no/^{por} aprobado. Sobre esto de la votación solamente tenemos que agregar que generalmente la forma como se efectúa es la siguiente: el Presidente de la Asamblea, director de la discusión, pide a los señores Diputados que si están de acuerdo con tal artículo levanten la mano, y si evidentemente hay mayoría, el Presidente dice que se tiene por aprobado el artículo tal.- No siempre sucede así, algunas veces se aplica el Art. 44 del Reglamento que dice que si la Asamblea lo dispone, a moción de algún Diputado, la votación será nominal y pública.-

Bien, si el proyecto es aprobado se extiende por triplicado y la Directiva de la Asamblea firma los tres ejemplares.-

Según el Art. 10 del Reglamento, la Directiva de la Asamblea se compone de nueve miembros, a saber: el Presidente, un Vice-Presidente, un Segundo Vice-Presidente, un Primer Secretario, un Segundo Primer-Secretario, un Tercer Primer Secretario, un Primer Segundo-Secretario, un Segundo Secretario y un Tercer Segundo Secretario.-

Pero como puede suceder que no esté presente alguno o algunos de los integrantes de la Directiva, el Art. 46 del Reglamento expresa que el acuerdo será firmado por los miembros de la Directiva que asistan siempre que sean no menos de cinco.- Uno de los ejemplares se reserva para el archivo de la Asamblea y la Directiva pasa los otros dos al Ejecutivo, a más tardar dentro de diez días después de aprobado.- Art. 51 y 56 de la Constitución.-

Llegado el proyecto al Ejecutivo puede suceder que no tenga objeciones o que las tenga; si no las tiene, firma los dos ejemplares, devuelve uno a la Asamblea y deja el otro en su archivo; el acto de aprobación, orden de ejecución o publicación y firma del proyecto, por parte del Ejecutivo, cuando llega al convencimiento de que no tiene objeción alguna, se conoce como sanción o promulgación,

así dice el Art. 51 de la Constitución que si el Ejecutivo no tuviera objeciones le dará su sanción y lo hará publicar como ley, es decir después de la sanción del Ejecutivo viene la publicación; pero como el Art. 60 de la misma Constitución establece que ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación, lógicamente tenemos que concluir que la sanción es la misma promulgación, y no como lo establece el Art. 60. del Código Civil que parece confundir la publicación con la promulgación; en la práctica vemos nítida la promulgación o sanción cuando el Ejecutivo, pone al pie del proyecto más o menos las siguientes palabras: Casa Presidencial: San Salvador, a los tantos días del mes tal de tal año.- Publíquese.- Fulano de tal, Presidente de la República, mengano, Ministro de tal Ramo; esta interpretación está de acuerdo con la doctrina que entiende por promulgación el acto por el cual el Jefe del Estado atestigua al cuerpo social la existencia de la ley y ordena su ejecución.- (13)

Pero hay quienes sostienen que existe una diferencia entre sanción y promulgación, opinan así porque al leer el Art. 78 de la Constitución que habla de las atribuciones del Poder Ejecutivo, encuentran el Numeral 3o. que dice que corresponde a dicho Poder sancionar, promulgar y publicar las leyes y hacerlas ejecutar; como las palabras sancionar y promulgar están separadas por una coma, concluyen que son dos actos diferentes; reservan la palabra sanción para el acto por el cual el Ejecutivo aprueba la Ley, y por promulgación entienden el reconocimiento formal del ejecutivo de que se ha dado la aprobación y debe ser obedecida; respetando el modo de pensar de los que así opinan me parece más aceptable, la primera tesis, al menos en nuestro derecho positivo, por el motivo siguiente, la manera que tiene el Poder Ejecutivo de dar a conocer que a un proyecto le ha dado su aprobación es ordenar que se publique o ejecute, y firmar tal orden, acto que involucra ni más ni menos su -

promulgación; inmediatamente antes se estuvo considerando si daba o no la aprobación, y ésta se materializa hasta el momento en que se firma la orden de publicación o ejecución del proyecto, por eso dije al principio que la aprobación orden de ejecución o publicación constituyen la sanción o promulgación.- Un ejemplo nos hará ver más claro: supongamos que llega un proyecto de ley al Ejecutivo, se discute la conveniencia de que sea o no ley, y se llega a la conclusión de que es conveniente, se pone al proyecto la razón de que se publique y al momento de firmar se omite dicho acto porque de pronto se recuerdan de un obstáculo poderoso; ¿en definitiva hubo o no hubo aprobación? claro que no la hubo, la única manera, repito, de consignarla era firmar el proyecto.- Si tuviéramos que distinguir todos los actos que finalizan cuando se firma el proyecto por el Ejecutivo hablaríamos de discusión o consideración, aprobación o sanción, orden de ejecución y firma; pero comprendiendo que todos esos actos forman unidad, los englobamos en un solo concepto con dos palabras sinónimas, sanción y promulgación.-

A continuación viene la fase que se conoce con el nombre de publicación, ésta se hace efectiva en el Diario Oficial, en el término de quince días según lo dispone el Art. 58 de la Constitución; luego veremos los casos excepcionales en que la publicación no se hace en el Diario Oficial; entiendo que los quince días empiezan a correr desde que el Poder Ejecutivo recibe el proyecto, y no desde que le otorga su sanción o promulgación como sostienen algunos, porque entonces fácil le sería al Ejecutivo diferir la publicación de los proyectos durante algún tiempo; además recuérdese que el Art. 6 del Código Civil, supone que la fecha de la promulgación es la misma de la publicación, y por tanto no puede empezar a correr primero una para después llegar a la otra.-

Después de publicada la ley hay un período de por lo menos ocho días, conocido en doctrina por *vacatio legis*, durante los -

cuales aún no tiene la virtualidad de obligar a nadie; se ha establecido así porque se entiende que no basta la publicación para que una ley sea conocida, es necesario que transcurra algún tiempo para dar la oportunidad a todos de que se enteren de su existencia.-

El caso normal es que una ley se dicte para tiempo indeterminado, mientras no cambien los motivos o necesidades que le dieron origen, éstas son las llamadas leyes permanentes, y es a ellas a quienes se les aplica el plazo mínimo de ocho días entre sus publicación y su obligatoriedad. Arts. 60 de la Constitución y 7 del Código Civil.-

Pero bien puede acontecer que haya necesidad de dictar una ley destinada a regir por un tiempo determinado, entonces se puede restringir el plazo, así lo dispone el Art. 7 del Código Civil cuando dice que el plazo podrá restringirse o ampliarse en la ley misma, si ésta fuere de carácter transitorio, designándose otro especial.-

Ahora bien, restringir el plazo implica que se deje alguno, aunque sea mínimo, y es que por muy transitoria que sea una ley, tiene que darse la posibilidad material de ser conocida, y esa posibilidad se dá mediante el plazo entre la publicación y la obligatoriedad; por eso creemos que no son obligatorias, o más propiamente no las consideramos leyes, aquellas que pretendiendo serlo, de carácter transitorio, tienen una disposición que reza más o menos lo siguiente: la presente ley entrará en vigencia desde el día de su publicación.- Que no se diga que siendo una ley transitoria, de carácter secundario, puede perfectamente derogar en forma tácita el Art. 7 del Código Civil, porque es lo cierto que el Art. 60 de la Constitución regula sobre la base de que tanto en las leyes permanentes como en las transitorias debe ha-

ber un plazo; si es verdad que se refirió expresamente sólo a las leyes permanentes en cuanto al plazo, dió a entender que en las transitorias el plazo puede ampliarse o restringirse, puesto que al final hablando de las leyes permanentes dice: "este plazo podrá ampliarse pero no restringirse", a contrario sensu, decimos nosotros, en las leyes transitorias el plazo entre la publicación y la obligatoriedad puede dilatarse o disminuirse pero nunca hacerlo desaparecer; en primer lugar porque si no fuera así la frase apuntada saldría sobrando ya que inmediatamente antes en el Art. 60 se lee: "para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación" con lo cual queda perfectamente claro que en las leyes permanentes el plazo no puede restringirse; entonces la pregunta que salta de inmediato es ¿ a qué leyes se les puede restringir el plazo? y la respuesta es evidente, a las transitorias.- La pregunta y respuesta anteriores llevan en sí una afirmación, que las leyes transitorias deben tener un plazo, si no hay plazo en las que pretenden ser leyes transitorias, no se ajustan a la definición que da el Art. 10. C., y en consecuencia no son leyes; en segundo lugar porque la ficción legal de que la ley se entiende conocida por los habitantes de la República, descansa sobre el requisito mínimo de que hay alguna posibilidad para los habitantes de llegar a conocerla, posibilidad que se les dá concediendo el plazo común o especial como lo dice el Art. 8 del Código Civil; la oportunidad de conocer la ley puede también desaparecer, aún cuando transcurra el plazo, si por algún accidente grave se interrumpen las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el Departamento en que debe regir.-

Con respecto al plazo únicamente nos resta que decir que nuestra ley se atiene al sistema llamado sincrónico, o sea que se vuelve obligatoria en todo el territorio luego que el plazo de la *vacatio legis* ha transcurrido.- Este sistema no es el único, pues hay países que han adoptado el plazo llamado sucesivo y que consiste en que la ley cobra vigencia en forma escalonada, concediendo diversos plazos para las distintas zonas o provincias.- (14)

Pero como dijimos puede suceder que el Ejecutivo encuentra inconveniente para sancionar un proyecto de ley, en este caso tiene que darse prisa si quiere que sus objeciones sean tomadas en cuenta, si dentro de los ocho días siguientes al de su recibo no ha logrado devolverlo a la Asamblea, con un pliego de razones exponiendo sus puntos de vista contrarios a la totalidad o parte del proyecto, se tiene por sancionado, y lo publicará como ley.- Art. 52 de la Constitución.- Hay pues dos clases de sanción o promulgación, expresa y tácita.-

Pero como las leyes o normas jurídicas, si por algo se diferencian de las naturales, es porque pueden ser transgredidas, en caso de que el Ejecutivo se negare a publicar la ley, ¿qué pasaría? el caso lo soluciona el Art. 54 de la Constitución, entonces el Presidente de la Asamblea ordena la publicación en el Diario Oficial o en cualquiera otro Diario de los de mayor circulación en la República.-

Sin embargo, el caso normal es que el Ejecutivo regrese el proyecto con las razones en que funda su negativa, dentro de los ocho días siguientes al de su recibo; en doctrina la oposición del Ejecutivo a un proyecto aprobado por la Asamblea se conoce con el nombre de veto, y éste puede ser con-

tra todo o una parte del proyecto; fijémonos bien que no basta con que se regrese únicamente el proyecto, si ésto sucediera los efectos a producirse serían los ya explicados, o sea que el Presidente de la Asamblea ordenaría la publicación.- Represa entonces el proyecto acompañado de las razones dichas, en este caso la Asamblea está obligada a reconsiderarlo, es decir a discutirlo nuevamente y someterlo luego a votación, después de practicadas estas operaciones puede suceder que la Asamblea ratifique el proyecto con los dos tercios de votos, por lo menos, de los Diputados electos y lo envíe de nuevo al Ejecutivo; en este caso el Ejecutivo está obligado a sancionarlo y mandarlo a publicar.- Si no lo hace en el término de quince días, ya vimos que puede mandarlo a publicar el Presidente de la Asamblea.- Pero aquí la Ley constitucional no fué lo suficientemente explícita.- Recordemos que en los casos anteriores, cuando el Ejecutivo no regresaba el proyecto a pesar de tener objeciones, o que regresándolo lo hacia sin explicar éstas, la ley supone que hay sanción o promulgación y sólo resta en consecuencia la publicación que se subsana de la manera dicha, es decir en ambos casos no se falta a la regulación del Art. 60 que exige la promulgación; pero en este último caso, cuando el Ejecutivo está obligado a sancionar y publicar la ley y no lo hace, el Art. 54 nos resulta muy estrecho porque sólo da la solución para la publicación.- Si el Presidente de la Asamblea se conforma con mandar a publicar el proyecto, según lo establece el Art. 60 de la Constitución, no pasaría de ser un mero proyecto sin fuerza alguna.- Opino que en este

caso a pesar de no decirlo expresamente la Ley, debe entenderse que la sanción o promulgación le corresponde al Presidente de la Asamblea porque de lo contrario llegaríamos al absurdo de que no obstante que la ley obliga a este funcionario para que sustituya al Ejecutivo, a efecto de que un proyecto se convierta en ley, no obstante esa intención digo, viniera a quedar sin ningún efecto la actuación de dicho funcionario.-

Otra cuestión que debemos tomar en cuenta es la siguiente, el Art. 52 Inciso 2o. Cn., como lo hemos visto sólo obliga al Ejecutivo a la sanción y publicación - en el caso de que la Asamblea ratifique el proyecto con los dos tercios de votos, por lo menos de los Diputados electos: ¿qué pasaría si la Asamblea ratifica el proyecto, no con la mayoría de los dos tercios de votos, sino en una proporción menor? pienso que en este caso sucede exactamente como la primera vez, se mandan los dos ejemplares al Ejecutivo y éste tiene nuevamente la oportunidad de ver si lo sanciona o no, puede ser que le otorgue su sanción y luego lo publique, será eso la forma normal de devenir un proyecto en ley; pero puede ser que el Ejecutivo no obstante la ratificación de la Asamblea, tenga sus objeciones, en ese caso - como no es obligatoria la sanción puede en el término legal regresar a la Asamblea el proyecto especificando las razones que tenga para no darle trámite.- En conclusión y para no repetir lo dicho, mientras la Asamblea no ratifique el proyecto con el número de votos que exige el Art.52 Inciso 2o. Cn., o no lo modifique en la manera que sea aceptable para el Ejecutivo, puede un proyecto estar en el círculo de trámites que se ha detallado.-

Alguien ha sostenido que si el proyecto no obtiene los dos tercios de los votos de los Diputados electos, no debe enviarse al Ejecutivo para que éste lo reconsidere, y apoya su opinión en lo dispuesto por el Art. 55 Cn., que dice: "cuando un proyecto de ley fuere desechado o no fuere ratificado, no podrá ser propuesto en las sesiones del mismo año". Pero a nuestro parecer es este Artículo el que nos viene a dar la razón puesto que habla del proyecto que no fuere ratificado, no ha dicho que esa ratificación deba ser de por lo menos los dos tercios de los votos de los Diputados electos, y ya sabemos que cuando la Constitución exige mayorías especiales, las dice expresamente y no las deja sobreentendidas, por otra parte el precepto es claro y la regla de hermenéutica nos dice que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.-

Los que sostienen la tesis contraria indudablemente han tomado como base la Constitución Argentina pero en esa Carta Fundamental no hay problema al respecto porque existe un artículo que dice que cuando en alguna de las Cámaras no se ha logrado la especial mayoría indicada, prevalece el veto.- (15)

En doctrina se distinguen dos clases de veto en atención a los efectos que produce, el absoluto y el suspensivo, el primero invalida la aprobación del Legislativo para siempre y el segundo sólo temporalmente, este último es el vigente en nuestro país, nunca un veto según nuestra ley, impide que por lo menos en sesiones de otro año pueda ser aprobado nuevamente un proyecto. Art. 55 Cn.-

El veto absoluto es conocido en países de raíz monárquica o de corte y proyecciones absolutistas y antidemocráticas.- (16)

Pensamos que en nuestra Constitución bien pudo haberse consignado un artículo que claramente estableciera el efecto que señala la Constitución Argentina, o bien que si un proyecto al regre-

sar a la Asamblea, no obtiene los dos tercios de votos necesarios - pero sí una mayoría, deberá ser sancionado y publicado por el Ejecutivo, pero que la nueva ley sería de carácter transitorio, especificando un límite prudencial de validez, a efecto de saber si su vigencia da la razón a la Asamblea o al Ejecutivo, y con base en la experiencia recogida prolongar indefinidamente su vigencia, hacer las modificaciones necesarias o suprimirla totalmente.- En esta forma creo yo quedarían satisfechos todos los puntos de vista.-

Un caso sui generis contemplado en la Constitución es el del Art. 53 que, junto con el Art. 61 son los únicos en que para la elaboración de la Ley es obligatoria la opinión de la Corte Suprema de Justicia, con la diferencia de que en tanto en este último artículo la opinión del Supremo Tribunal, es previa a las discusiones en la Asamblea y meramente ilustrativa, en aquél la opinión debe darse cuando el proyecto se encuentra por segunda vez ante el Ejecutivo y constituye una decisión que como tal debe ser acatada por el Ejecutivo, si no lo hace opera de lleno el Art. 54 y puede tomar el lugar del Ejecutivo el Presidente de la Asamblea, para el solo efecto de la sanción y publicación, tal como lo dejamos anotado.-

Como bien puede suceder que al publicar la ley contenga errores que la hagan distinta aunque sea en parte de la aprobada por la Asamblea y sancionada o promulgada por el Ejecutivo, errores que pueden ser dolosos o puramente debidos al descuido de los impresores, el Art. 58 Cn., dispone que se volverá a publicar, a más tardar dentro de diez días.- Se tendrá la última publicación como su texto auténtico y de la fecha de la nueva publicación se contará el término para su vigencia.-

El problema que se discute en este caso es que si el error no se advierte y pasan los días en que pudo hacerse la publicación, ¿qué efectos produce?, algunos sostienen que después del término general o especial aquella publicación obliga ni más ni menos como si no tuviera errores y la única manera de subsanar la dificultad sería derogar la ley; pero otros opinan de que esa publicación no es ley y por tanto a nadie obliga. Efectivamente, vimos que según el Art. 10. C., la Ley es la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita por la Constitución, y en este caso las palabras que puedan haber demás, o que hacen variar el sentido del proyecto, no pasaron por todas las fases que exige la Constitución y por tanto no pueden llegar a tener vigencia. Si las palabras han sido suprimidas o cambiadas de lugar y por tanto cambian la regulación que se tuvo en mente, tampoco pueden llegar a tener vigencia porque es válido sostener que no fué ese el proyecto aprobado por la Asamblea y sancionado por el Ejecutivo.-

Para terminar estas explicaciones de las etapas que recorre un proyecto a fin de convertirse en ley según nuestra Legislación Constitucional, diremos que no sólo las leyes que nacen por primera vez pasan por este proceso; también se deben seguir las mismas fases para interpretar, reformar o derogar las ya existentes, según lo ordena el Art. 59 Cn.-

Dice el Art. 30. del Código Civil en armonía con el Art. 47 - atribución 12a. de la Constitución que: "sólo al Legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.- La interpretación auténtica de la Constitución y de las leyes constitutivas, para ser obligatoria deberá hacerse de la manera establecida en los Arts. 148 y 149 de la Constitución".-

Interpretar una ley significa según el artículo primeramente indicado que la Asamblea Legislativa fija el verdadero sentido de esa ley mediante los trámites ya estudiados. Esta interpretación es llamada auténtica y solo corresponde a la Asamblea; por integrarse completamente a la ley interpretada es una verdadera fuente del derecho.

Hay otras clases de interpretaciones, la judicial y la científica o doctrinaria.

La interpretación judicial como su nombre lo indica es la que hace el juzgador en presencia de un caso concreto, o sea que es obligatoria pero no general, se diferencia de la interpretación auténtica en que ésta es obligatoria y general, o sea no se hace con miras a un caso concreto; al respecto el Art. 9 del Código Civil dice que las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes cuyos conceptos sean oscuros o de dudosa o varia interpretación, se entenderán incorporadas en éstas, pero que no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio; otra diferencia de la interpretación judicial con respecto a la interpretación legislativa estriba en que en aquella hay fuente del derecho únicamente en el caso en que forme jurisprudencia.

Por último la interpretación doctrinaria o científica, puede ser general o específica y casi nunca obligatoria, y obligatoria según lo expondremos con detalle mas adelante, constituyendo en esos raros casos fuente del derecho.

La derogacion o abrogación de una ley significa que se deja sin efecto, ya sea total o parcialmente, y pueda acontecer en esta última que la parte de la ley anterior que se deja sin efecto se sustituya con una nueva, y se conoce entonces como reforma de la ley.

Según el Art. 50 del Código Civil, la derogación puede ser

ademas expresa o tácita, es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua; y es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La ley puede ser general o dada para un sinnúmero de casos, sin entrar a detallar ninguno de ellos en particular, o especial o sea emitida para cierto número de casos que se contemplan en detalle; es decir la ley nunca deja de ser abstracta pero en el caso de la ley especial se regula una materia determinada con más minuciosidad; si una nueva ley general aparece regulando situaciones que ya una ley especial se encuentra rigiendo, de conformidad al Art. 50 C. Inciso 3o. tendríamos que admitir que la ley especial queda derogada tácitamente siempre que fueran incompatibles; pero como eso seria hacer prevalecer una ley que para los casos o materia específica no tuvo un estudio tan detenido como la ley especial dispone el mismo Art. 50 que la ley general no deroga la especial si no se refiere a ella expresamente.

Intr nicamente la derogación tácita se diferencia de la expresa, en que ésta al decir que tal o cual ley queda derogada en todo o parte, hace caducar por completo la vigencia de la ley indicada en el todo o en la parte dicha, en cambio la tácita deja vigente la ley anterior, aunque verse sobre la misma materia, en todo aquello que no pugna de manera evidente con las disposiciones de la nueva ley. Art. 51 C.

La derogación en nuestro medio únicamente puede hacerse por medio de la ley en la forma que hemos estudiado, pero en otros países se admite que también la costumbre puede abrogar la ley, ya sea por el no uso (desuetudo), ya sea por ser contraria (costumbre contra legem).

En la antigüedad los romanos usaban la palabra abrogación -

para el acto de dejar sin efecto toda una ley, la palabra derogación, para cuando se dejaba sin efecto parcialmente, y la palabra subrogación para la sustitución de una ley por otra. Modernamente no se hace ninguna distinción entre las dos primeras palabras y la última es una institución jurídica ajena a nuestro tema.(17)

Ahora bien, el proceso para la elaboración de la ley; es -- distinto en casi todos los países cuando se trata de la Constitución entonces son otras las regulaciones que se siguen y los artículos que se aplican; al respecto dice el Art. 222 de la Constitución: "la reforma de esta constitución sólo podrá acordarse por -- los dos tercios de votos de los representantes electos a la Asamblea Legislativa. En la resolución que se adopte , se puntualizará el artículo o artículos que hayan de reformarse y se incluirá el -- proyecto correspondiente. La resolución y proyecto de reformas se publicarán en el Diario Oficial y volverán a tomarse en consideración en la Asamblea Legislativa siguiente. Si ésta los ratifica, se convocará una Asamblea Constituyente para que, si lo tuviere a -- bien, decreta las reformas".

Mucho tiene de especial este artículo, en primer lugar que -- en él no se habla de derogar la Constitución y decretar otra, o -- sea darle por terminada por completo para formar una totalmente -- nueva, y ésto es así porque de llegar el caso no haría falta ninguna regulación preestablecida a la cual atenerse, puesto que una nueva ley fundamental no tiene necesidad de apoyarse en regula- -- ción alguna ni para nacer ni para dar por terminada la anterior, -- y sobre todo porque aún cuando existiera semejante regulación, la Constituyente actúa con poder emanado directamente del pueblo, libre es de atenerse o no a tales prescripciones. Por supuesto que -- lo ideal sería que tales regulaciones existieran y fueran respetadas para mantener la continuidad del orden jurídico; pero como -- son leyes que tienen vigencia en El Salvador, no se molestó el -- Constituyente, conocedor de nuestra realidad, en dictarlas.

Otra variante con respecto a las leyes secundarias es el -- hecho de que para la reforma de la Constitución no es necesaria-

la intervención del Ejecutivo, ni de la Corte Suprema de Justicia, y esto porque con respecto al Ejecutivo el mero proyecto de reformar la Constitución, no es una ley, y cuando la Constituyente se reúne y decreta efectivamente las reformas, lo hace en representación del pueblo y como expresión de su máxima voluntad, no puede en consecuencia el Ejecutivo, ni nadie, ponerse a discutir si obedece o no al pueblo; con respecto a la Corte Suprema de Justicia a más de la última razón mencionada está la de que su intervención es necesaria cuando se trata en primer término de leyes contenidas en los Códigos de la República, que por supuesto no sería el caso y en segundo lugar cuando se lo pide el Ejecutivo que como hemos visto jamás podría darse porque ambos casos se refieren a las leyes secundarias.

De lo dicho se desprende que las Constituciones y sus reformas son casi privativas de un solo cuerpo, la Asamblea Constituyente, y digo que casi privativas porque como puede verse. al Ejecutivo o a quien hace sus veces no le queda más camino que ordenar su publicación. La misma Constitución nos lo está demostrando cuando al final de las firmas de los Constituyentes aparece una razón que dice: "publiquese" y luego vienen las firmas de quienes integraban el Directorio Civico Militar, sus Ministros y Subsecretarios de Estado. Qué hubiera pasado si el Directorio no hubiera accedido a la publicación? sencillamente que la Asamblea Constituyente pudo haberla ordenado puesto que en el próambulo se puede leer: "la Asamblea Constituyente, en nombre del pueblo Salvadoreño, puesta su confianza en Dios y en los altos destinos de la Patria, DECRETA, SANCIONA y PROCLAMA la siguiente Constitución" y que mejor forma de proclamar la Constitución que ordenar su publicación y publicarla efectivamente.

Concluimos en consecuencia que la razón y firmas menciona--

das no aparecen mas que como mero formulismo, que no le añaden nada a la validez de la Constitución.

En teoría se acepta que puede haber reforma de las Constituciones: (18)

Primero.- Por elaboración total de una Constitución, que -- puede realizarse de dos maneras, a) coincidiendo la elaboración -- de la Constitución con la formación misma del Estado, b) limitarse la elaboración a rehacer de modo general la estructura política de un Estado preexistente, ya sea para instaurar por vez primera el -- Estado Constitucional o para operar un cambio de Constitución.

Segundo.- Por derogación y elaboración parcial de la Constitución ya vigente.

En los dos casos señalados el proceso puede ser de tres formas.

Primera.- La reforma de la Constitución supone la apertura -- del periodo constituyente, interviniendo instituciones distintas -- de las que ejercen los Poderes de Gobierno ordinariamente y empleando un procedimiento especial. Son las Constituciones rígidas las que toman esta forma, a este grupo, como lo hemos estudiado pertenece la nuestra.

Segunda.- A ésta pertenecen las Constituciones que dan a las Asambleas Legislativas ordinarias el carácter y poder de Constituyentes, exigiendo para la reforma procedimientos especiales; son -- mas o menos ^{los} supuestos de las Constituciones rígidas en forma atenuada; dentro de ésta hay Constituciones, que regulan la reforma -- por consulta directa al Soberano, el pueblo.

Tercera.- Esta forma es la de las Constituciones en que no -- existen disposiciones especiales acerca de su reforma, y por tanto se les aplica el mismo procedimiento que para las leyes ordinarias son las llamadas Constituciones Flexibles.

Recordemos también que no siempre las leyes llevan en sí todos los detalles necesarios para poder regular sin tropiezos las distintas situaciones que contemplan; cuando esto ocurre corresponde al Ejecutivo de conformidad al Art. 78 Numeral 15o Cn. decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponda.

Decíamos anteriormente que la ley también tiene requisitos internos, y que se los llama así porque hacen relación al contenido de la norma, este contenido puede ser un mandato, una prohibición o un permiso; de allí que las leyes se clasifiquen en imperativas, prohibitivas y permisivas. (19)

Son imperativas o preceptivas las leyes que imponen el cumplimiento de actos determinados. Por ejemplo las leyes fiscales, imponen la obligación de pagar impuestos.

Son prohibitivas, aquellas que imponen la omisión de determinados actos. Por ejemplo las leyes penales aunque aquí debe hacerse la salvedad de que son las normas invivitas en las leyes -- las propiamente prohibitivas y no las leyes en si, quien mata a una persona para el caso, adecúa su conducta a la descripción de la ley, al tipo, pero contraviene a la norma que se tuvo en mente al imponer una pena al homicida y que reza: no debes matar. Las leyes prohibitivas, en cuanto imponen la abstención de una conducta, son también imperativas y de allí que la distinción entre éstas y aquellas no tenga mayor fundamento.

Son permisivas las leyes que permiten la realización de ciertos actos, estas clases de leyes según nos enseña Del Vecchio, si solamente fueran tales, permisivas, ni tendrían razón de ser ni serían pensables por si mismas, en razón de que el permiso de por si no necesita ser respaldado por el derecho puestos que en principio, se entiende permitido todo lo que no está prohibido; lo que

sucede con las llamadas leyes permisivas es que, en algunos casos - se ha querido establecer la obligación de una de las partes mediante el permiso que se otorga a la otra parte de ejercer cierto derecho. Así por ejemplo, para decir que Y está obligado a pagar a X - una suma prestada, hay una ley que faculta (permite) a X para que demande a Y, reclamando el préstamo; en cuanto se habla de un deber aparece que en estos casos las leyes permisivas resultan en - el fondo que son imperativas; otras veces se dicta una ley permisiva con el objeto de limitar la aplicación de una ley evidentemente imperativa o prohibitiva, por razones que se estiman justas se permite que en ciertos casos las referidas leyes no tengan aplicación, son, continúa diciendo Del Vecchio, leyes abrogatorias que - como tales ordenan que en determinados casos no operen las leyes - prohibitivas o imperativas. Si también en estos casos las leyes -- permisivas implican un mandato no tenemos más que concluir que todas las leyes con imperativas y que la clasificación de éstas en - imperativas, prohibitivas y permisivas es más de forma que de fondo.

Siendo todas las leyes imperativas, Tienen todas las misma categoría? no, en primer lugar y según lo dispuesto en el Art.220 Inciso último Cn. "la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público primará sobre el interés -- privado"; y en el orden en que se enumeran así tienen su posición jerárquica. Sobre la Constitución no hay otra ley, sobre las leyes secundarias solo está la Constitución, y los reglamentos ocupan - el último peldaño, de tal suerte que si un reglamento contradice a una ley, prevalece ésta, y si una ley dispone lo contrario de - la Constitución tiene primacia la Constitución; hay entre leyes - de distinta jerarquía lo que se llama una relación de subordinación, una prevalece sobre la otra, en virtud de la cual jamás pue

de haber choque entre leyes de diversas categorías; siguiendo el orden de jerarquía entre las fuentes del derecho diremos que después de las leyes en sentido amplio, vienen las otras fuentes, --cuales son la costumbre y la doctrina, y antes de la costumbre la jurisprudencia, que tiene su base en las leyes y por tanto la misma categoría de la ley de que dependa; entre la costumbre y la --doctrina está el orden en que las enunciamos.

Pero como puede suceder, y ciertamente sucede, que algunas leyes de la misma categoría se excluyan mutuamente en sus mandatos; que criterio vamos a seguir para darles aplicación? aquí ya no se habla de relaciones de subordinación, sino de coordinación, y será el juez quien en presencia de tales situaciones aplicará la norma que le parezca más congruente con la regulación general.

Estas conclusiones acerca de la jerarquía de las fuentes del derecho, sufren una excepción importantísima con respecto al derecho del trabajo, siendo el contenido de este derecho de carácter jurídico-económico, y teniendo por finalidad esencial proporcionar al trabajador una vida digna, las regulaciones establecidas tanto en la Constitución como en el código de Trabajo, se consideran las condiciones mínimas que no pueden faltar en las relaciones obrero-patronales, de tal suerte que si la costumbre y las demás fuentes propias del derecho del trabajo, reconocen mejores condiciones a los trabajadores a ellas tiene que estarse.(20)

LOS DECRETOS LEYES

De particular importancia para nosotros es el estudio de los llamados decretos leyes. Existe decreto ley, cuando el cuerpo articulado que se pone en vigencia, no es dado por el Poder Legislativo, y sin embargo son y han sido fuente de nuestro derecho(21)

Los decretos leyes se clasifican en a) regulares o delegados, b) de necesidad y, c) de facto.

Los primeros se producen en una organización jurídica normal, pero la delegación (del Legislativo al Ejecutivo) solo es aceptable y válida cuando la establece expresamente la Constitución. En nuestra Legislación esta clase de decretos no solo no está permitida, sino que está expresamente prohibida por el Art. 4 de la Constitución que textualmente dice: "el Gobierno se compone de tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que actuarán independientemente dentro de sus facultades, las cuales son indelegables, y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas".

Los decretos de necesidad existen porque hay casos extraordinarios en que no estando reunido el Poder Legislativo y siendo urgente la regulación, el Poder Ejecutivo puede dictar decretos leyes. Esta clase de decretos leyes si es permitida entre nosotros por los Arts. 175 y 176 Cn., que respectivamente dicen: "En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones de orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los Arts. 154, 158 Inciso lo., 159 y 160 de esta Constitución, excepto cuando se trata de reuniones o asociaciones con fines culturales o industriales. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo en su caso".

"El Poder Ejecutivo, en Consejo de Ministros, podrá decretar la suspensión de garantías cuando la Asamblea Legislativa se halle en receso. El decreto correspondiente implicará la convocatoria a la Asamblea, para que se reúna dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y para que apruebe o desaprobe dicho decreto".

Los decretos leyes de facto son llamados así porque son emitidos por los Gobiernos de facto, o sean aquellos que no han nacido de la consulta popular, y su forma de gobernar es mediante la emisión de estos decretos. Los ejemplos abundan en nuestra historia, de ellos han hecho uso y abuso todos los grupos que han llegado al poder mediante el golpe de Estado.

Recasens Siches distingue atendiendo las formas de producción del derecho, modos originarios y derivativos, dice que los modos originarios son aquellos por lo que se crea la norma fundamental de un sistema u orden, en otras palabras la elaboración misma de la Constitución que no se apoya en ninguna norma jurídica previa como por ejemplo la fundación de un nuevo Estado, la revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes. Según esta clasificación resulta claro que los decretos leyes de facto, de frecuente uso entre nosotros, son formas originarias de producción del derecho. (22)

Resulta entonces que los golpes de Estado por una parte -- son verdaderas violaciones al derecho u orden jurídico anterior y por la otra originadores o creadores de un nuevo orden jurídico; no es como se ha pretendido que la norma fundamental quede derogada por violación, sino que la Constitución anterior dejó de existir cuando no contó con los medios necesarios para ser imperativa, le faltó la fuerza; este nuevo orden jurídico a decir de Recasens Siches, ya no puede ser explicado por el jurista en sentido estricto porque su campo de acción, su esfera de competencia se agota en el sistema jurídico vigente. Para explicar el nuevo sistema se debe hechar mano de razones históricas, políticas, etc. en armonía con puntos de vista estimativos. Ello no -- significa ni mucho menos que se le preste apoyo a cualquier golpe de estado, con el cual se puede estar en franco desacuerdo; -- pero si logra estabilizarse, permanecer, no sólo por la fuerza, -- sino por un reconocimiento aunque sea tácito del conglomerado social, por acatamiento al nuevo orden jurídico, aunque sea solo -- por aquello de que es preferible de que exista algún derecho a -- que no lo haya; entonces puede decirse que ha surgido un nuevo -- derecho. Ya lo vimos en las fuentes materiales, la fuerza por sí sola no genera derecho; la fuerza puede ser usada por patriotas

o por conquistadores, Cuando entonces el empleo de la fuerza será generador de derecho? aquí vienen los puntos de vista estimativos a arrojar luz sobre el problema, si la fuerza se emplea para un ideal social, como sería la independencia, la libertad, la justicia social, el bien común, etc., entonces adquiere título de legitimidad y deviene auténtico derecho. Si la fuerza no tiene esas justificaciones, el derecho desaparece del conglomerado y se impone el despotismo, la anarquía, el delito y tantas otras maneras de la fuerza bruta, contra las cuales es perfectamente lícita la insurrección, como derecho primario de los pueblos.

Los modos de generación derivativa tienen lugar cuando se producen normas de conformidad a lo previsto en un sistema jurídico ya constituido. Sería por ejemplo la constitución que se apoya en otra anterior, y las leyes, decretos y reglamentos que se emiten con base en ella.

DECRETOS Y REGLAMENTOS

Al hablar de ley en sentido amplio o material, dijimos que pueden comprenderse en tal concepto los reglamentos y los decretos, por cuanto éstos contienen reglas de conducta abstractas, de observancia obligatoria, por mas que desde un punto de vista formal o estricto no sean leyes.

Para Del Vecchio decretos y reglamentos son una misma cosa y entiende por tales aquellos actos de los órganos ejecutivos o administrativos, que determina los modos de aplicación de las leyes y las particularizan en concreto. Reconoce que ambos funda su existencia en la necesidad de que las leyes deben aplicarse a los casos pormenorizados; y de allí que divide a los reglamentos o decretos en secundum legem o conforme a una ley determinada y preter legem o sin base en ley alguna, pero sin contradecir las existentes.(23)

Para Mouchet y Zorraquín Becú, hay entre decreto y reglamento una diferencia de continente a contenido, en otras palabras todo reglamento es decreto pero no todo decreto es reglamento porque entienden por decreto las órdenes o reglamentaciones emanadas del Poder Ejecutivo, estas órdenes si crean normas individuales son simples decretos, por ejemplo nombramientos de personal, concesión de permisos, autorización de gastos, etc.; y si aplican o crean normas jurídicas son reglamentos.(24)

De todo lo expuesto vemos que la ley, al menos en los países de derecho escrito, como el nuestro, es la máxima expresión y formación del derecho, al grado de que lleva en si la pretensión de regular todas las situaciones imaginarias, y que sólo por exclusión o por imposibilidad humana de preveer todos los casos que se dan en la vida real, admite que puedan haber otras fuentes las cuales salvo excepciones, le son subordinadas. Importancia que se vuelve más grande si se toma en cuenta que aún los países de sistema consuetudinario, cada vez van dando mas campo a la ley y restringiendo la costumbre.

Una última nota de señorío encontramos en la ley cuando, como hemos visto, ordena que nadie puede alegar su ignorancia; en consecuencia a nadie se le exige prueba de la existencia de la ley puesto que a mas de conocerla, el Juez está obligado a fallar con base en ella- Art.421 Pr. Lo anterior tiene una aparente excepción en el Art.239 Pr. que dice que el que apoya su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su derecho en forma auténtica, y digo que es una excepción aparente porque la ley del extranjero no es la nuestra y en consecuencia no tiene el Juez porque conocerla o entenderse que la conoce.

CODIFICACION

Cuando los pueblos evolucionaron en alto grado, recogieron y ordenaron sus leyes en los Códigos.

Antiguamente eran meras recopilaciones de leyes ordenadas - únicamente conforme al tiempo; los modernos Códigos son un conjunto de leyes sistematizadas, o sea que tienen unidad lógica y doctrinal que generalmente se dividen en libros, estos en títulos y capítulos y por último en artículos, guardando la necesaria armonía y relación en su contexto especializado, es decir por materias. Así tenemos Código de lo Civil, Penal, Mercantil, de Procedimientos, etc.(25)

Es tan grande la importancia de la ley como fuente formal -- del derecho, que en Francia la Escuela Exegética o de los Comentaristas del Código de Napoleón, afirmó que es la única fuente formal; a manera de anécdota se cuenta que el profesor de la Universidad de Paris Bugnet, decía: "yo no conozco el derecho civil; yo no enseño sino el Código de Napoleón". Para ellos todos los casos estaban contemplados y resueltos en las leyes vigentes, el Juez - no tenía mas que el trabajo de buscar en los Códigos la disposición aplicable.

A la Escuela Exegética se opuso la Escuela Libre, la cual se propuso demostrar, y lo consiguió, la existencia de lagunas en la ley, tales lagunas se sostiene deben subsanarse mediante la ayuda de otras fuentes formales, ellas son: la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Principales críticas a las otras fuentes.- Antes de comenzar a estudiarlas con detalle, miremos algunas de las objeciones que se les hace para no admitirlas como verdaderas fuentes, sin perjuicio de que en su oportunidad detallemos en forma específica - las restantes críticas.

Los principales argumentos para negar a la costumbre, jurisprudencia y doctrina el carácter de fuentes del derecho son: a) - que en países como el nuestro se ha adoptado la teoría de la divi

sión de los Poderes, en virtud de la cual toca al Poder Legislativo exclusivamente la elaboración de normas jurídicas; b) que tanto la jurisprudencia como la costumbre y la doctrina pueden variar. Al primero se objeta que la teoría de separación de Poderes ya no es tan absoluta como se pretendió en un principio, dentro de nuestro sistema hemos visto como en un momento dado intervienen los tres Poderes para la elaboración de las leyes y por lo tanto no hay inconveniente en admitir que las otras fuentes puedan emanar de otros poderes, o incluso de fuera del Estado como la costumbre y la doctrina. Mario de la Cueva da un argumento definitivo sobre esto cuando dice: "es un hecho que la jurisprudencia y en cierta forma la doctrina son creadoras de derecho" y más adelante agrega: "resulta inútil objetar con la teoría de la división de los Poderes, porque los hechos son más fuertes que las teorías." El segundo es a mi parecer más frágil, ciertamente la jurisprudencia y la doctrina pueden variar, y yo agrego que necesariamente con el tiempo deben de variar, pero igual cosa sucede con las leyes, no olvidemos que las fuentes formales son los cauces por donde se manifiestan las fuentes materiales y ya hemos dicho que éstas cambian conforme al tiempo, a la par de las necesidades jurídicas de los pueblos; no se consibe un derecho estático, si lo que pretende es normar la realidad. (26)

LA COSTUMBRE

Esta fuente del derecho tiene a su favor el hecho de ser la más antigua; en los tiempos primitivos cuando no existía el derecho escrito, la costumbre reinaba como expresión auténtica del consentimiento de los pueblos para normarse jurídicamente, la formación de la costumbre ha sido prolongada, se ha ido plasmando a través del tiempo, hasta adquirir fuerza obligatoria en el grupo que la práctica.

La costumbre del grupo primitivo, tuvo que ser necesariamente embrionaria como norma o derecho; hemos ya estudiado que el hombre siempre ha vivido en sociedad lo cual no puede darse sin un cierto grado de solidaridad y que ésta no es concebible sin un minimum -- de derecho, pues bien ese minimum de derecho era la costumbre.

El proceso de formación de la costumbre se debe a la unión de dos fuerzas psíquicas llamadas el hábito y la imitación. Se ha dicho del hábito que constituye una fuerza psicológica fundamental, regulada por una forma de la ley de la inercia. Mediante el hábito una vez realizado un acto sin tropiezos, hay tendencia a repetirlo por dos motivos, en primer lugar porque la repetición hace más fácil su ejecución y en segundo lugar porque lleva la seguridad de que no despierta reacciones de sus congéneros; esto sucede en -- cuanto el individuo inicia una acción que luego vuelve a necesitar, pero hasta allí el mero hábito de un individuo del grupo no puede generar costumbre, es una simple práctica individual que no va -- contra la armonía y solidaridad mínimos. El otro elemento de la -- costumbre lo constituye la imitación, por la imitación los demás individuos del grupo hacen del que comenzó determinados actos, su paradigma, su modelo, de quien empiezan a repetir aquellos actos que a nadie perjudican o representan en último caso un perjuicio mínimo en comparación a las ventajas que representan; claro que -- en la medida en que aquellos actos son necesarios, beneficiosos -- y contribuyen a la solidaridad social, al orden, al sentimiento -- de justicia imperante, en esa medida se propaga con mas o menos -- rapidez la imitación. Así pues el simple hábito no perjudicial, -- pero no útil ni tendiente a aquellas finalidades tampoco encuen-- tra adeptos y jamás deviene en costumbre, en sentido jurídico.(27)

Con las palabras que anteceden hemos dejado el bosquejo del proceso de formación de la costumbre, por un lado hábito e imita-

ción que se exteriorizan y por otro el puro sentir de los individuos, valorativo de aquellos actos que se repitan.

La costumbre o actos repetidos de manera constante llevan el germen de la obligatoriedad, o como dice Icilio Vanni la autoridad del precedente, el cual se va formando de generación en generación hasta perderse en la memoria el dato de su nacimiento. Por otra parte la tradición que se transmite de padres a hijos va formando un verdadero culto y respeto por la obra de los antepasados, una forma de prolongar el recuerdo del ser querido es siguiendo sus normas de conducta, pues de lo contrario, prácticas distintas, se miran como una ofensa a la persona del antecesor.

Así en esa repetición de actos, el derecho contenido en la costumbre pueda que esté poco desarrollado; existe lo que se llama costumbre indiferenciada, o sea mezcla de jurídico, religioso, moral, reglas de puro convencionalismo.

La Obligatoriedad de la costumbre primitiva se explica sin necesidad de autoridad constituida, al menos como se conoce desde hace mucho tiempo entre los pueblos de alguna cultura.

Desarrollo de la costumbre.- El Clan, sociedad eminentemente solidaria que aseguraba la paz y la defensa se unía al miembro ofendido y buscaba en forma colectiva, unitaria, la reparación de la ofensa ya contra el individuo, ya contra el clan distinto del que ora componente. La venganza así vista es una tosca forma de hacer justicia sancionada por la costumbre, que tiene sus propias reglas y por consiguiente procura una igualdad en la reacción, -- igualdad que se busca no solo en el daño a causarse, sino también en la forma que se emplee; la humanidad asiste al nacimiento de la fórmula rústica de justicia que se conoce como la ley del talión y que se enuncia con las frases ojo por ojo diente por diente.

Pero como quicra que la ley del talión no llegó a identifi--

carse con la paz que se buscaba porque los grupos vivían en constante venganza y lucha, se buscó una fórmula más adecuada de perseguir la justicia, y así fué como se sustituyó la venganza por el acuerdo o tratado de paz, entre diversos clanes, que en su fase más avanzada resultó una norma consuetudinaria de inquebrantable cumplimiento.

Pero cuando la ofensa provenía de un miembro del mismo clan ya no se podía aplicarle aquella solución y entonces al que violaba la paz que todo el grupo garantizaba, se le privaba de ella, se le desterraba algunas veces, otras según la gravedad del acto se le maltrataba y hasta se le podía quitar la vida; como se ha dicho no había autoridades constituidas, eran sanciones de grupos contra grupos o de éstos contra sus integrantes.

En una etapa mas avanzada surge el Estado y entonces la costumbre se va depurando y diferenciando de todo lo que no es derecho.

No se crea que el Estado surgió ya perfecto, pasó también un proceso de formación hasta adquirir sus actuales lineamientos, a la par del Estado la costumbre fué desarrollándose y por ello el estudio de la formación de la costumbre es en gran medida el de la formación del Estado.

Algunos opinan que la forma de sociedad primitiva fué la patriarcal y para ellos el Estado viene a ser un natural y espontáneo desarrollo de la familia, pero esto no es así porque si una cosa exige el Estado es la diversidad de los elementos humanos que se unen no sólo por los vínculos familiares, sino por intereses comunes de paz, de guerra, de creencias, etc.

El origen del Estado se haya en una pluralidad de grupos o familias, que se reúnen bajo un solo poder. Para Spencer el motivo preponderante de la fusión y consolidación de los grupos fué -

la guerra, se vivía en un continuo batallar, y por tanto hubo necesidad de organizarse bajo el mando de un caudillo o jefe que podía ser el más fuerte o el más inteligente; el jefe militar pasó a ser el conductor de los tiempos de paz, no solo porque tenía la fuerza sino porque principalmente se hacía más necesaria la organización después de vivirla, ya que el hombre por naturaleza es sociable, descubierta cierta forma de asociación de mas y mejor cohesión, tiende a mantenerla y desarrollarla, a este afianzamiento progresivo del poder contribuyó en gran medida la costumbre; se pasó por la etapa conocida como del arbitraje, mediante el cual un conflicto era sometido a la decisión de los ancianos o de los sabios, ellos dictaban sus fallos de acuerdo a las costumbres; al principio esta mediación era voluntaria para los interesados pero este arbitraje se hizo obligatorio por parte del Estado; la autoridad poco a poco fué sometiéndose a ciertas normas de carácter tradicional y a su vez formado el Estado se hizo depositario de la administración de justicia y con ello del derecho. La función originaria del jefe de los grupos, mantener la seguridad de éstos mediante la acción militar, sin perder este carácter amplía sus funciones en lo interno y vela por la paz y seguridad del grupo mediante funciones o atribuciones civiles, es entonces cuando desaparece la venganza privada. En otras palabras al surgir el Estado con sus caracteres específicos, también el derecho consuetudinario ha llegado a evolucionar en gran medida.(28)

Durante mucho tiempo la costumbre sirvió para elaborar las primeras leyes, se buscó la forma escrita de las normas para garantizar la certeza y la justicia, así fué como surgieron entre los Indos, los "Smarta-Sutra" y el Código de Manú, el Mischna entre los ebreos, las leyes de Carondas entre los griegos y la ley de Las XII Tablas entre los romanos.

Pasó el tiempo y a la par de la costumbre estaba la ley, -- sin que hubiera entre ambas fuentes del derecho jerarquía o diferencias sustanciales, fué a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX que se produjo el movimiento de codificación que trae por consecuencia el predominio de ley sobre la costumbre, se formó un auténtico culto a la ley al grado de que, como lo dijimos al estudiar ésta los Comentaristas del Código de Napoleón se imaginaron que contemplaba todos los casos habidos y por haber; el tiempo y la realidad vino a demostrarles lo contrario y hoy es cosa sabida que por muy sabio y previsor que sea el legislador, no puede abarcar todos los casos; que en determinadas situaciones la costumbre desempeña su papel de reguladora de la conducta en forma inmejorable.

No es necesario que la práctica constante se haya objetivado en los documentos, en este aspecto tiene un elemento diferencial con las demás fuentes formales, en tanto que aquellas necesariamente deben constar por escrito, la costumbre es sobre todo no escrita, excepcionalmente se dan casos en que se procede a fijar la costumbre ordenadamente y por escrito; sin duda debido a la característica apuntada es que al referirse a la costumbre como reguladora de la conducta, debe establecerse plenamente su existencia por parte del que la alega, con lo cual viene a constituir una excepción a la regla de que el derecho no se prueba; hay que decir sin embargo que no todos opinan de la misma forma, hay quienes sostienen que siendo derecho la costumbre no hay necesidad de probarla; existe además una tercera posición que podríamos llamar ecléptica, de los que piensan que en principio el Juez debe saber la costumbre pero que aquel que la alega debe ayudarlo, probando su existencia.

Definición y elementos.- Nos adherimos a la definición que de costumbre dan los tratadistas argentinos Carlos Mouchet y Ri-

cardo Zorraquín Bacú, en su obra "Introducción al Derecho", ellos dicen: "el derecho consuetudinario puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que se practican constantemente en una sociedad sin haber sido sancionadas en una forma expresa, y se consideran jurídicamente obligatorias".

La definición que precede abarca los dos elementos que contiene la costumbre, el objetivo o material y el subjetivo o psicológico, los romanos los conocían bajo las denominaciones de in veterate consuetudo y opinion iuris seu necessitatis.

El elemento objetivo es la conducta practicada constantemente por los miembros de la sociedad, los actos que se repiten en igual forma por los miembros de la comunidad dadas iguales situaciones, estos actos que se repiten constantemente, para que sean considerados como formativos del elemento material es necesario - que sean generales, si a idénticas situaciones correspondieran - actitudes distintas ya no podríamos hablar de costumbre; hubo un tiempo en que se requería que una práctica fuera observada por - diez, veinte o cuarenta años; que fuera pública; actualmente no se fija el tiempo pero si se entiende que debe de ser largo; los requisitos entonces del elemento material u objetivo son generalidad, largo uso y notoriedad.(29)

La generalidad implica que la costumbre sea observada por - todos los miembros de la comunidad que se hallan ante situaciones parecidas.

El largo uso como lo hemos manifestado no requiere un tiempo exactamente determinado, entiendo que debe de ser el suficiente para que la comunidad llegue al convencimiento de su obligatoriedad.

La notoriedad es una consecuencia obligada de los dos requisitos que se han estudiado, si una norma consuetudinaria se pro-

longa en el tiempo en una comunidad es indudable que su presencia es notoria, pero esta notoriedad o publicidad, nunca es tan grande como la presunción o ficción de conocimiento de la ley, puesto que sabido es que el campo de acción de la costumbre es mas restringido. Por eso es que me inclino por la tesis de los que sostienen que no obstante que la costumbre es derecho, debe probarse.

El segundo elemento o elemento subjetivo o psicológico, la opinión iuris seu necessitatis, consiste en la opinión de aquellos, que ejecutan los actos, de que tal conducta entraña una necesidad jurídica o sea que se tiene el firme convencimiento que al omitirla se está infringiendo una norma jurídica que puede ser impuesta coactivamente por el Estado; esta característica le da a la costumbre personalidad propia puesto que le sirve de factor diferencial con respecto a los usos; los usos son mas que todo conocidos en materia mercantil, los cuales a decir de Garriguez nacen en la esfera de la contratación, dentro del contrato mismo o de los actos jurídicos de su ejecución, primeramente porque -- fueron cláusulas pactadas expresamente, después porque se sobreentendían y por último resultaron obligatorias aún ignorándolo -- las partes, y solamente pueden no aplicarse si las partes así lo dicen claramente, de allí que se diferencian también de la costumbre, en que no se aplican si las partes no quieren, en tanto que la costumbre como derecho tiene fuerza imperativa autónoma, y de cuyo cumplimiento en consecuencia, no se pueden apartar los interesados sin incurrir en sanción, por eso es que algunos autores llaman a la costumbre usos legislativos, y a los usos propiamente dichos, usos interpretativos;(30) por último el error en la costumbre o usos legislativos se rige conforme a las reglas establecidas para el error de derecho, y el error en los usos interpretativos se rige por las reglas del error de hecho. Al respecto el Art.1323 C. dice: "que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento"; en otras palabras el que se equivoque respecto a la existencia de la costumbre no tiene manera de alegar de que su consentimiento se encontraba viciado; en cambio según el Art. 1324 C., el error de hecho vicia el consen-

timiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese un contrato y la otra, otra clase de contrato; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; también el error de hecho vicia al consentimiento según el Art. 1325 C. cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que un objeto es de un metal y realmente es de un metal distinto.

Se tiene entonces por sentado que el elemento subjetivo configura la personalidad de la costumbre, pues como quedo expuesto la diferencia de los usos interpretativos, figura jurídica que más se le parece, y de toda otra práctica inveterada de los indios reglas del trato social, saludos, invitaciones, acompañamientos; viduos pertenecientes a una comunidad, como sería por ejemplo -- las normas o hábitos de la higiene, etc., las cuales por mucho que se infringan a nadie se le va a ocurrir que está violando un precepto jurídico acompañado de una sanción por parte del Estado.

Clases de costumbre.- De la costumbre se hacen tres divisiones.- (31)

Primera.- costumbre interpretativa, *secundum legem* o conforme a la ley.

Segunda.- costumbre fuera de la ley, en ausencia de ella o *preater legem*, y

Tercera.- costumbre contra *legem* o costumbre contra la ley.

La validez de cada una de ellas es distinta según lo veremos a continuación.-

La costumbre *secundum legem* tiene toda la fuerza de la ley, y prácticamente no hay diferencia alguna, la costumbre se adecúa a la norma legal en un todo. Viéndolo bien en este caso no siempre cabe hablar de costumbre, había mientras la ley no existía -

claramente, pero una vez producida ésta, la costumbre que se integra a la ley tiene toda la fuerza de las normas, de la existencia de la ley. Por supuesto que la costumbre asegura de antemano el cumplimiento de la ley, no aparecen roces innecesarios ni alteraciones inconvenientes en el cuerpo social porque la costumbre allna el camino y se produce con más facilidad la paz y seguridad social, finalidades del derecho.

La costumbre secundun legem se forma cuando dictada una ley que es el producto real de una necesidad sentida, se forma en el conglomerado social un acatamiento absoluto a sus preceptos, al grado que además de la ley se palpa como fuerza imperativa la costumbre, es por decirlo así, todo lo contrario de la costumbre contra legem que ya explicaremos; otra forma de nacimiento de la costumbre secundun legem es cuando aparece una ley un tanto vaga en sus disposiciones, pero los sujetos de obligación la entienden y practican en un determinado sentido y no en los otros posibles; esta fase de la costumbre secundun legem sí es fuente del derecho, porque si bien es cierto que existe la ley y ésta es la que se aplica, también es cierto que sin la costumbre de los obligados el contenido específico de la norma no sería el mismo, habría inseguridad jurídica y hasta llegaría el caso de que se tendría que derogar aquella regulación oscura, para dar paso a una ley más clara y coherente.

La costumbre secundun legem tiene ciertas características que a continuación expongo: a mi modo de ver presenta una nota muy esencial que la hace distinguirse en un todo de la costumbre preater legem y de la contra legem, y es la siguiente, como se habrá notado ya por las explicaciones que venimos dando, la costumbre secundun legem nace después de la ley, en tanto que las otras costum

bres según se verá mas adelante, preceden a la ley, es más en el orden de aparición del derecho primero se formó la costumbre y después la ley; otra característica es que para solucionar determinados casos coexisten en pie de igualdad la ley y la costumbre, o sea dos fuentes del derecho, sobre todo en el caso de la ley obscura; además es la única costumbre que puede ser o no fuente del derecho, no es, cuando la ley regula con claridad absoluta y no hay lugar a dudas, y es fuente del derecho cuando la ley es ambigua; y por último se parece a la jurisprudencia en que es una costumbre basada en la ley, pero se diferencia de aquella en que la costumbre para que se llame jurisprudencia debe prevenir de los jueces y no siempre la jurisprudencia se basa en la ley, en tanto que la costumbre secundum legem proviene de los sujetos de obligación y siempre se basa en la ley.-

La costumbre preter legem es admitida también en toda su validez, se diferencia de la anterior porque se aplica en ausencia de norma jurídica especial, o sea para llenar las lagunas legales aunque tiene asidero en la ley cuando ésta dispone que debe estar se a la costumbre, a lo anterior se debe que ciertos tratadistas sostengan que no hay tal costumbre supletoria, sino que por recibir el espaldarazo de la ley, en realidad se trata de un caso de costumbre secundum legem; y no se quedan allí, manifiestan entonces que la costumbre sin la ley no es fuente del derecho y que por lo tanto solamente la ley tiene ese carácter, al respecto citan el Art. 2 del Código Civil que literalmente dice: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella".

Contestan entonces los defensores de la costumbre como fuente autónoma, que si bien la ley se remite a la costumbre, lo hace sin analizar su contenido, o sea la ley únicamente dice en tal o -

cual caso se aplicará la costumbre, y para saber en definitiva - que es lo que se va a aplicar, debe estudiarse la costumbre en su contenido, tal y como si no existiera la ley, la cual en este caso sirve únicamente para hacer indudable la aplicación de la costumbre y reconocer su vigencia en ausencia de la ley. Tal argumentación nos parece decisiva y a ella nos apegamos.

Por último, la costumbre contra legem, es aquella que se encuentra en abierta oposición a la ley, en los tiempos actuales no se admite que tenga el poder de derogar las leyes, en los - - tiempos antiguos si tenía esa característica; en nuestro sistema jurídico positivo tropieza con el obstáculo insalvable que le opone el Art. 59 de la Constitución, el cual literalmente dice: "Para interpretar, reformar o derogar las leyes se observarán los mismos trámites que para su formación"

En estricto derecho, entre nosotros, no cabe hablar de costumbre contra legem, en el sentido de que por existir una práctica contraria a la ley deja de ser obligatoria, pero como la realidad nos está suministrando a diario casos de esta naturaleza cabe preguntarnos que solución o explicación podemos dar. No tenemos - menos que concluir que aquel que sigue una práctica o costumbre - contra la ley, corre el riesgo de que se le apliquen las sanciones que la misma ley establece y que ciertamente deben producirse en su totalidad; ahora bien lo que sucede cuando la práctica contraria es general como debe serlo la costumbre, es que de hecho la ley no se aplica y dá lugar a aquellas normas que estando vigentes puesto que no han sido derogadas, no son positivas o sea no tiene efectivo cumplimiento; esto sucede generalmente cuando se dictan leyes sin mayor estudio de la realidad, cuando sus prescripciones son francamente odiosas para el conglomerado; el pueblo las ignora, en el sentido de que no las acata, y es tal la fuerza de la colectivi

dad que al poco rato se ven obligados a derogarlas.- Grande resulta entonces el poder de la costumbre contra legem, no deroga por sí sola a la ley pero sí es el factor decisivo para que ésta desaparezca.-

La costumbre reviste singular importancia en materia mercantil porque en el Art. 2o. del Código de Comercio expresamente se establece que en lo que no esté especialmente previsto por el Código, se aplicarán los usos comerciales, (usos interpretativos y usos legislativos), y las disposiciones del Derecho Civil, esto es así porque a decir de Garriguez el derecho mercantil no nace de la legislación, sino por la fuerza de la costumbre, el rápido curso del comercio exige un derecho sobre todo elástico, que se amolde a los más ligeros matices de necesidades en continuo cambio, un derecho dinámico, vivo en la práctica, no un derecho estático, muerto en los Códigos. (32)

A pesar de la evidente superioridad de la ley sobre la costumbre ello ocurre sólo en los países con sistema de derecho escrito, no así en Inglaterra y Estados Unidos, especialmente en el primero, en estos países se rigen por lo que se llama el Common Law, que no es otra cosa que el derecho consuetudinario, reglas que a su vez han sido recogidas y formuladas por las sentencias de los Tribunales, las leyes en estos países son normas de excepción, es decir lo común es que se apliquen las reglas consuetudinarias, de allí el nombre de Common Law, sólo en ausencia de la costumbre se dicta la ley; de lo anterior vemos la diferencia fundamental con los sistemas de derecho escrito, en estos la costumbre regula principalmente las situaciones que el legislador no alcanzó a prever, diríamos que el derecho común es la ley, y el derecho estricto, la costumbre; otra consecuencia importante ya dentro del sistema de derecho consuetudinario es que por ser la ley una norma de excep-

ción, los jueces la aplican con un criterio restrictivo, no llegan más allá del campo expresamente determinado por la ley, tratando de aplicarla en forma analógica, o sea no tiene vigencia el aforismo jurídico que reza: donde hay la misma razón se aplica la misma disposición; por otra parte es sabido que aún en los sistemas de derecho escrito, las leyes son lo que los jueces entienden por tales, y no lo que parezcan decir, aún cuando para el caso, la mayoría de tratadistas interpretaran las normas en un sentido determinado, si los encargados de darles aplicación dicen que el sentido es otro distinto, a este criterio se debe de atener y no al primero.-

En el sistema angloamericano la práctica apuntada es más fuerte, debido a que están imbuidos de la aplicación del derecho por los precedentes, se comprende que sin necesidad de reglas al respecto, para un litigante se vuelve más fácil ganar un caso, si teniendo que ser decidido, no conforme la costumbre, sino conforme a la ley, presenta otro caso similar al Juez, caso que fué decidido en la forma en que le conviene al litigante, o sea aplicando la ley en determinado sentido; en otras palabras la costumbre juega un papel decisivo en la misma aplicación de la ley, cosa que en los sistemas de derecho escrito ocurre sin lugar a dudas pero no con tan marcada intensidad.-

El papel del Juez de formación consuetudinaria, ante la ley, es más propendorante que el de su colega del sistema escrito porque aquél funcionario juzga en un momento dado, la competencia del legislador para dictar leyes dentro del common law, y hasta donde éstas pueden regular situaciones. Suponiendo por ejemplo que el legislador dictara normas sobre casos ya resueltos en la costumbre pero de manera contraria, sería una situación bastante parecida a la costumbre contra legem en los países de derecho escrito, sólo que siendo la ley contra la costumbre y dándose el caso en sistema de -

Common Law, es la ley la que pierde su fuerza y priva intacta y positiva la costumbre.- (33)

Resumiendo, en el sistema de Common Law la ley puede ser según la costumbre, en ausencia de la costumbre y contra la costumbre.-

La Ley según la costumbre tiene la fuerza de ésta y nada más que a la costumbre se hace relación, a lo sumo la ley sirve para aplicarse en algunos detalles no regulados por la costumbre.-

La ley en ausencia de la costumbre tiene verdadera aplicación, diríamos que llena las lagunas dejadas por la costumbre, pero al ser aplicada o puesta en práctica se hace con un criterio eminentemente restrictivo y según lo hemos explicado.-

La ley contra la costumbre no tiene ninguna fuerza y de hecho no se aplica porque los Jueces son competentes para juzgar hasta donde el legislador puede incidir en la costumbre, y desde este punto de vista tienen prioridad sobre el legislador.-

Las conclusiones que anteceden son válidas en mayor grado para el sistema inglés, en el norteamericano de los últimos tiempos la ley ha ido abriéndose paso cada vez más, ello se debe a la complejidad de las nuevas formas de vida que se deben regular, banca, industria, inventos, en una palabra el progreso creciente y acelerado, productor necesario del derecho, en cuanto trae aparejado necesidades diversas y que no pueden esperar por el desarrollo de una costumbre.- (34)

El papel de la costumbre en las diversas ramas del derecho.- Hay ramas del derecho en que la costumbre, o toma diversos matices o desaparece por completo, así en derecho penal la costumbre no existe, no hay posibilidad alguna de crear delitos porque la costumbre los entiende tales, aquí la única fuente es la ley y toda analogía es prohibida al grado de que la Constitución en su -

Art. 156 dice: "Ningún Poder, autoridad, o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es de conformidad con la ley y éstas órdenes deberán ser siempre escritas".- Y desarrollando la misma idea el Art. 169 Cn., dice: "Nadie puede ser juzgado - sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los Tribunales que previamente haya establecido - la ley".-

En Derecho Administrativo, los actos que ejecuta la Administración son reglamentados casi por completo, de allí que Hauriou diga que es incompatible con la costumbre y considere al Derecho Administrativo como derecho escrito por antonomasia, según cita de Royo Vilanova, la costumbre no puede provenir ciertamente de los administrados, sino del que administra, de este lado se reconocen prácticas administrativas que son verdaderas costumbres si se apegan al derecho; cuando estas prácticas van contra el derecho - se les denomina corruptelas.- (35)

En Derecho Internacional Público, que según el tratadista Julio Diez, es el conjunto de normas que determinan los derechos y deberes recíprocos de los Estados y de los entes que forman parte de la comunidad jurídica internacional, la costumbre se forma cuando varios Estados, al regular una relación en idénticas circunstancias, se comportan de la misma manera; no basta que un solo Estado tenga una práctica constante porque con una sola voluntad no se puede crear una costumbre internacional; la costumbre en estos dos últimos casos, en el Derecho Administrativo y en el Derecho Internacional Público, no es la clásica emanada del pueblo, se trata en el primero de largos usos de parte de los encargados de la Administración y solo forzando un poco el concepto se puede concluir en que hay costumbre; en el Derecho Internacional Público existe una situación parecida, porque tampoco son los pueblos los creadores de la

costumbre; por ello nos atreveríamos a hacer una última clasificación de la costumbre, popular y estatal, atendiendo a los sujetos que la originan.- (36)

LA JURISPRUDENCIA

Los romanos la definieron como: el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto.-

Era el tiempo en que el derecho aún no se apartaba de las normas religiosas, morales, etc.- También Jurisprudencia significa: conjunto de normas jurídicas contenidas en las decisiones de los - Tribunales.- (37)

En su primera acepción la palabra Jurisprudencia se usa para referirse a la ciencia del derecho; en este sentido se dice por ejemplo: facultad de jurisprudencia.-

El concepto que nos interesa analizar, porque es el que - se toma como fuente formal, es el segundo.-

Podemos decir que la Jurisprudencia se forma a través del siguiente proceso: cuando una persona no obtiene la prestación a - que la ley tenía derecho de parte de otra, puede recurrir a los - Tribunales quienes en presencia del caso lo fallan de acuerdo a la ley; se completa así un silogismo, premisa mayor la ley; premisa - menor, el caso planteado; conclusión, la sentencia dictada.-

Cuando una serie de casos análogos han sido fallados en - igual forma por los Tribunales se dice que existe Jurisprudencia - sobre determinada situación o caso; la sentencia emitida por el - Juez constituye una norma jurídica que se aplica únicamente a las - partes litigantes, se diferencia de la ley en que ésta considera - el caso en abstracto y la sentencia lo considera individualizado, - por eso se dice que la sentencia es la ley del caso concreto; al - estar aplicando la ley a un caso dado los jueces están precisando --

los alcances de la norma jurídica, perfilan sus contornos, hacen - que el derecho exista objetiva y vívidamente, se siente la realidad de la justicia; de allí en adelante se adquiere seguridad sobre los derechos por parte de los individuos, quienes no estarán sujetos a interpretaciones versátiles, pues los ampara el derecho en una nueva forma.-

El fallo judicial es una norma que basándose en la ley o en la costumbre adquiere un elemento nuevo, que se incorpora al orden jurídico, creando para las partes la obligación de acatarlo. Para muestra basta un ejemplo: nuestra ley establece que puede pedirse el reconocimiento forzoso, entre otros casos, cuando la madre ha vivido con el supuesto padre en concubinato notorio durante la época en que la ley presume la concepción, siempre que la madre haya observado una conducta honesta en el período del concubinato.- Art. 283 Numeral 5o. C.- En ningún artículo la ley define que debe entenderse por concubinato; en un principio los Tribunales exigieron que la madre y el supuesto padre hubieran tenido una relación de marido a mujer tan perfecta, que sólo les hiciera falta el vínculo matrimonial para diferenciarse de los casados; de tal suerte que quien no lograba probar en esa forma las relaciones del hombre y la mujer, no podía obtener el reconocimiento de hijo natural solicitado; actualmente el concepto concubinato se ha entendido en un sentido más amplio, y sin embargo la ley ha permanecido sin ninguna alteración.- ¿Qué es lo que ha hecho que en casos idénticos se hayan obtenido resultados diversos con el transcurso del tiempo? La Jurisprudencia, luego entonces no hay lugar a dudas de que ciertamente es fuente del derecho, mediante la Jurisprudencia los Tribunales en la mayor parte de veces mejoran el derecho vigente, lo hacen por decir así, nacer a situaciones muchas veces fuera del alcance del legislador.-

No se crea que el papel de la Jurisprudencia se agota en la interpretación de palabras no definidas por la ley; también sirve para completar sus lagunas, así en presencia de un caso sometido a su conocimiento, el Juez no puede abstenerse de fallar, y entonces la norma de derecho que aplique, bien puede ser obra de la Jurisprudencia; sirve en consecuencia para determinar los alcances legales, y este derecho así formado es tomado en cuenta tanto por los sujetos de derechos y obligaciones como por los funcionarios obligados a aplicarlo.-

Por lo expuesto, no estamos de acuerdo con los que afirman que la Jurisprudencia no debe tomarse en cuenta como fuente formal del derecho, ya que según ellos, no es más que una forma refleja de la Ley.-

Sobre la válidez histórica de la Jurisprudencia no cabe discusión alguna, recuérdese si no el *ius honorarium* de los pretores romanos.-

El argumento de mayor fuerza para considerar a la Jurisprudencia como fuente formal de nuestro derecho vigente, lo hago recaer en el Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "El recurso por infracción de ley o de doctrina legal, tendrá lugar: primero-cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso.- Se entiende por doctrina legal la Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.-

Tal posición podría rebatirse diciendo que no es por la jurisprudencia en sí que se toma como derecho, sino porque la ley se remite a ella directamente, es la ley la que le da obligatoriedad, a esa objeción se puede contestar con las mismas pala-

bras que para la costumbre praeter legem tenemos apuntada, es decir que aunque la ley se remita a la jurisprudencia, el contenido de ésta queda intacto y por tanto es la jurisprudencia la que en último grado se aplica.-

Desde este último punto de vista podemos entonces dividir la jurisprudencia en obligatoria o doctrina legal, y no obligatoria u optativa; la primera es una auténtica norma jurídica y por ende fuente del derecho como lo es la ley, excepto para el Tribunal de Casación que puede apartarse de ella, la segunda no, pero es de gran importancia para llegar a la primera.-

¿Por qué se ha elevado a la jurisprudencia, a la categoría de fuente del derecho?, la contestación es la siguiente: porque proviene de funcionarios a quienes la ley les ha encomendado el poder de juzgar, o sea para declarar el derecho, la sentencia viene a concretar lo justo, finalidad fundamental del derecho; en la medida que el fallo se aproxime a la justicia, será racional la norma que se aplique y tendrá autoridad, no solo inmediata sino también para el futuro.-

Luego entonces de las facultades concedidas por la ley a los jueces depende en gran parte el nacimiento y robustez de la jurisprudencia, esto nos lleva a dar una breve explicación de los sistemas que actualmente conceden atribuciones a los jueces, y hasta donde llegan tales atribuciones.-

A-) El sistema anglonorteamericano.- En el derecho de Inglaterra se pueden hacer dos distinciones, una, el derecho que declaran los jueces llamado derecho no escrito; y otra, el que resulta de las decisiones del Parlamento y demás organismos que tienen facultades legislativas delegadas, llamado derecho escrito o estatutario.- Ya hemos visto que la costumbre desempeña en Inglaterra un rol de primerísima categoría como fuente del derecho, lo que -

nos falta que decir quizá con más claridad es que esa costumbre, - unida a los principios de conveniencia pública, justicia, equidad, etc., y a las obras jurídicas doctrinarias de reconocidos méritos, forman el derecho común el cual adquiere su validez legal y plena hasta que recibe el reconocimiento de la jurisprudencia; en estricta verdad pues, no es el derecho inglés tan consuetudinario como - a primera vista podría creerse, sino más bien jurisprudencial.- El precedente judicial más que la costumbre en sí, generan en último término el derecho vigente tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.-

Debido a que el common law daba lugar, por la estrictez del precedente, a cierto rigorismo judicial, en 1873, la Corte del Canciller introdujo lo que se llama el equity law, o derecho de equidad, en virtud delcual pueden los jueces ingleses por razones - de evidente justicia apartarse del common law, y si a eso agregamos que los jueces ingleses son los encargados de aplicar el derecho estatutario, y que en uso de tal atribución tienen una competencia tan grande como para dejar de aplicarlo, según lo dijimos - en párrafos anteriores, aparece de lo expuesto que los jueces son verdaderos creadores del derecho, con una amplitud de atribuciones no concedidas a sus colegas del sistema Germánico-Latino.- (38)

Justo es reconocer por otra parte, que por regla general, los jueces del sistema anglonorteamericano utilizan tan amplios poderes con un auténtico sentido de responsabilidad y vocación por - la justicia; por su grado de cultura avanzado, y el profundo respeto que tienen a sus instituciones, los jueces de aquel sistema, en términos generales repito, han logrado con la jurisprudencia realizar en un grado encomiable la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, de que viven tan orgullosos, y con razón, sus respectivos pueblos.-

B-) El sistema Germánico-Latino.- En éste el derecho reflexivo o escrito tiene preponderancia indiscutida; el sistema es de limitaciones a la labor judicial, aún cuando se trate en un momento dado de aplicar la costumbre, siempre se hace con un criterio más o menos rígido por la razón de que además de exigirlo así la ley, casi todos los países que lo practican se informan en la doctrina de la separación de Poderes.- (39)

Pero aún así, el campo de operación de la jurisprudencia es grande ya que como hemos dicho sirve para llenar vacíos legales, que los hay y numerosos, y para fijar el contenido de las leyes.-

Como este sistema se ha considerado por muchos, en cierta forma demasiado cerrado, se han producido movimientos tendientes a darle cierta elasticidad, para que los jueces no se encuentren tan encajonados y puedan en determinados casos aplicar un derecho más justo, más equitativo; al respecto y como la más caracterizada de esas tendencias podemos citar la Escuela del Derecho Libre, que hizo su aparición en Alemania a principios de este siglo, esta Escuela persigue por sobre todo el dar a los tribunales y jueces libertad de apreciación, aún sobre el derecho promulgado, basándose en que éste tiende a quedarse a la zaga de la conciencia jurídica colectiva que se desarrolla y tiene vigencia fuera de todo control gubernamental o estatal.- (40)

De más está decir que nuestro sistema es el Germánico-Latino.- Para nosotros y tomando en cuenta nuestro pueblo, costumbres, cultura, evolución jurídica, etc., considero que es el sistema más adecuado, lo cual no quiere decir que sea partidario de un derecho estricto, al grado de volverlo casi formulario o sacramental, los jueces que tienen en sus manos la vida del derecho, son los responsables en definitiva de que éste, aún dentro de su marco

actual, sea más o menos funcional.-

Claro está que una jurisprudencia firme, de hondo contenido y capaz de dar nuevos y mejores horizontes al derecho, sólo se consigue cuando el elemento humano que debe producirla tenga - ante todo auténtica vocación judicial, que se dedique con verdadero empeño a su carrera; desgraciadamente por múltiples motivos ello - no es posible por de pronto entre nosotros; cuando nuestros jueces abracen su carrera como un apostolado, lo cual implica por otra - parte que tengan los derechos correspondientes, pienso que sería - la hora de darles arbitrio judicial, antes, sería peligroso por evidentes razones.-

LA DOCTRINA

Se conoce por doctrina el conjunto de opiniones emitidas por los tratadistas en sus escritos o textos.-

En la doctrina vemos el último peldaño de las fuentes - del derecho, se le considera así pero ciertamente tiene la categoría científica más elevada, por cuanto para su formación ha sido - necesario el pensamiento profundo, la reflexión detenida, el desinterés más sincero de los que verdaderamente conocen el derecho.-

En la Roma antigua la doctrina fué una fuente del derecho de suma importancia, había una clase de jurisconsultos que gozaban del *ius publice respondentis*, cuyas opiniones tenían fuerza de ley, facultad que les fuera concedida por el Emperador Augusto ; la ley de las Citas del año 426 resolvió que los dictámenes y opiniones - vertidas en las obras de: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino y - Gayo, serían obligatorias, y que sobre todas era preferente la de Papiniano, sólo en ausencia de la opinión de éste se atendería a - la mayoría de los restantes.- Posteriormente Justiniano dejó sin - efecto la Ley de Citas pero dispuso que las opiniones de los mismos

autores contenidas en el Digesto o las Pandectas, tendrían fuerza de ley.-

El mismo hecho se repite en la España de los Reyes Católicos debido principalmente a dos motivos: el primero, la gran autoridad de que llegaron a gozar los Postglosadores; el segundo, a la poca legislación de esos tiempos; fué así como tuvieron fuerza de Ley las opiniones de Bartolo de Saxaferrato, Juan Andrés, Baldo de Ubaldi y Nicolás de Tudeschi, no tuvo por supuesto la importancia y duración de las opiniones de los juristas romanos, porque a los pocos años de establecida esta forma de derecho fué derogada por la Ley Primera de Toro? en 1505.- (41)

De los tiempos modernos también podemos dar ejemplo, aunque ya no de jurisconsultos en particular; así, el Código Civil de Suiza de 1912 en su Art. 1o. dice: "La ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones.- A falta de una disposición legal aplicable, el Juez pronuncia según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviese que actuar como legislador.- Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia".-

Nuestro Código de Procedimientos, también considera a la doctrina como una de las fuentes del derecho, al respecto el Art. 421 dice: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso.- Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".-

Esencialmente el fin que persiguen los tratadistas del derecho es de carácter científico, emiten sus opiniones para casos abstractos en la mayor parte de las veces, y de allí que las solu-

ciones que dictan están desprovistas de todo apasionamiento o parcialidad, tratándose por otro lado de personas que han dedicado muchos años y sus mayores esfuerzos al estudio del derecho, difícilmente los profesionales comunes, jueces o abogados, pueden encontrar soluciones tan acertadas como las consignadas por los jurisconsultos, quienes además tienen un espíritu más sensible para lo jurídico.-

Consecuente con lo expuesto sostengo que la doctrina entre nosotros es fuente formal del derecho. Se me podrá decir que no es cierto porque en primer lugar es la ley quien establece en que casos debe tomarse en cuenta, y además tiene que hacerse uso de una segunda fuente, cual es la jurisprudencia.- A la primera objeción respondo, que el caso es análogo al de la costumbre, en cuanto se le niega su calidad de fuente, y por tanto la respuesta es la misma o sea que la ley sólo se remite a la doctrina, pero en cuanto és ta se aplica sus alcances y contenido no los toma de la ley sino de la doctrina misma y por tanto es ésta la norma reguladora del caso; la segunda objeción, en parte puede ser cierta, porque si al aplicar la doctrina el Juez lo hace en consideración a una jurisprudencia establecida, es ésta y no aquélla la fuente del derecho.- Pero, como no todas las decisiones judiciales son jurisprudencia, queda un buen margen, e indudablemente el mayor, para sostener con toda validez que la doctrina es fuente del derecho.-

o-o
-o-
o-o
o-o
o-o

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 1- PAUL VINOGRADOFF Introducción al Derecho, Edición de 1952 del Fondo de Cultura Económica. Pág. 24
- 2- ARTURO ORGAZ Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales. Edición de 1945 Pág. 26
- 3- ARTURO ORGAZ Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Cuarta Edición. Pág. 119
- 4- MARIO DE LA CUEVA Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Cuarta Edición. Pág. 350
- 5- EDUARDO GARCIA MAYNEZ Introducción al Estudio del Derecho. Cuarta Edición. Pág. 52
- 6- ARTURO ORGAZ Lecciones de Introducción al Derecho. Págs. 62 y siguientes
- 7- ENRIQUE LUGO PEÑA Derecho Natural. Tercera Edición. Pág. 231
- 8- ENRIQUE LUGO PEÑA Obra citada. Pág. 233
- 9- EDUARDO GARCIA MAYNEZ Obra citada. Pág. 53
- 10- GIORGIO DEL VECCHIO Filosofía del Derecho. Sexta Edición. Pág. 385
- 11- CARLOS ROBERTO SANCHEZ Prolegómenos del Derecho. Edición de 1944. Pág. 40
- 12- MARIO BERNASCHINA GONZALEZ Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Edic. de 1958. Pág. 140
- 13- Dr. CARLOS ROBERTO SANCHEZ Obra citada. Pág. 43
- 14- EDUARDO GARCIA MAYNEZ Obra citada. Pág. 61
- 15- ARTURO ORGAZ Lecciones de Introducción al Derecho. Pág. 121
- 16- ARTURO ORGAZ Lecciones de Introducción al Derecho. Pág. 121
- 17- ARTURO ORGAZ Diccionario de Derecho. Págs. 3 y 183
- 18- ADOLFO POSADA Derecho Constitucional
- 19- GIORGIO DEL VECCHIO Obra citada. Pág. 360
- 20- MARIO DE LA CUEVA Obra citada. Pág. 361
- 21- De apuntes tomados en clase de "Derecho Administrativo", dictada por el Dr. Max Patricio Brannon.

- 22- LUIS RECASENS SICHES Filosofía del Derecho, Primera Edición
Pág. 297
- 23- GIORGIO DEL VECCHIO Obra citada. Pág. 398
- 24- CARLOS MOUCHET Y RICARDO ZORRAQUIN BECU Introducción al Dere-
cho. Pág. 182
- 25- ARTURO ORGAZ Diccionario de Derecho y Ciencias So-
ciales. Pág. 72
- 26- MARIO DE LA CUEVA Obra citada. Pág. 359
- 27- ICILIO VANNI Filosofía del Derecho. Edición de 1941.
Pág. 168
- 28- ICILIO VANNI Obra citada. Pág. 177
- 29- CARLOS MOUCHET y RICARDO ZORRAQUIN BECU - Obra citada. Pág.196
- 30- JOAQUIN GARRIGUEZ Curso de Derecho Mercantil - Segunda
Edición. Pág. 107
- 31- CARLOS MOUCHET y RICARDO ZORRAQUIN BECU - Obra citada. Pág.202
- 32- JOAQUIN GARRIGUEZ Obra citada. Pág. 106
- 33- LUIS RECASENS SICHES Obra citada. Pág. 289
- 34- CHARLES EVANS HUGHES La Suprema Corte de Estados Unidos.
Edición de 1946. Pág. 181
- 35- ANTONIO ROYO VILANOVA Derecho Administrativo. Décima Quinta
Edición. Pág. 41
- 36- JULIO DIENA Derecho Internacional Público. Cuarta
Edición de 1948. Págs. 2 y 10
- 37- ARTURO ORGAZ Diccionario de Derecho y Ciencias Social
les. Pág. 313
- 38- GUSTAVO RADBRUCH Introducción a la Filosofía del Derecho
Edición de 1951. Pág. 69 y sigs.
- 39- CARLOS MOUCHET y RICARDO ZORRAQUIN BECU - Obra citada. Pág. 209
- 40- CARLOS MOUCHET y RICARDO ZORRAQUIN BECU - Obra citada. Pág. 231
- 41- CARLOS MOUCHET y RICARDO ZORRAQUIN BECU - Obra citada. Pág. 214

